

República de Colombia



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

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	11001310502320210041201
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	PEDRO WILLIAM PÉREZ OROZCO
DEMANDADO	- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES - ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. - ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. - COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS

En Bogotá D. C. a los veintiocho (28) días del mes de abril de dos mil veintitrés (2023), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA:

ANTECEDENTES

El señor **Pedro William Pérez Orozco** pretende que se **declare** la ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida (en adelante RPM) al de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS), realizado a la AFP Porvenir S.A. el 1 de marzo de 1997, por el incumplimiento de los deberes legales de información en el que incurrió la mentada administradora de fondos privados, por no

haber suministrado al afiliado una información clara, cierta y comprensible acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes, así como sobre los riesgos y consecuencias del traslado. Igualmente, el demandante solicita que, como consecuencia de lo anterior, se declare la ineficacia de los traslados efectuados por el demandante entre administradoras del RAIS. Pretende adicionalmente que se ordene a las codemandadas Colpensiones, Colfondos S.A., Protección S.A. y Porvenir S.A. realizar todas las gestiones administrativas pertinentes para declarar ineficaz el traslado de régimen efectuado el 01 de marzo de 1997. Como consecuencia de lo anterior, solicita que se **condene** a Colfondos S.A. trasladar a Colpensiones, la totalidad de los dineros que se encuentren depositados en la Cuenta de Ahorro Individual del demandante, trasladando todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales con todos sus frutos e intereses y los rendimientos y, en este sentido, que se ordene a Colpensiones recibir sin solución de continuidad al actor y actualizar su historia laboral. Igualmente, pretende que se declare para todos los efectos la única afiliación válida fue la efectuada el 1 de junio de 1990, al Régimen de Prima Media con Prestación Definida con el ISS – hoy Colpensiones. Finalmente, solicita que se condene en costas a los demandados y que se imponga las condenas extra y ultra petita que se prueben a lo largo del proceso.

Como hechos fundamento de las pretensiones (f ° 1 a 17 archivo 1, carpeta 1ª inst. exp. digital) señaló en síntesis, que nació el 27 de febrero de 1959, cumpliendo la edad mínima requerida para acceder a la Pensión de Vejez, el mismo día y mes del año 2021; que el 01 de junio de 1990, se afilió al RPM cotizando un total de 348 semanas en Colpensiones; que el 01 de marzo de 1997, se trasladó al RPM administrado por Porvenir S.A., actuación que no estuvo precedida de una información clara, cierta y comprensible acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes, como tampoco de la advertencia de los riesgos y consecuencias del traslado; que el señor Pedro William Pérez efectuó un traslado entre administradoras del RAIS el 01 de mayo de 1999, pasando de Porvenir S.A. a Protección S.A.; que igualmente, realizó un traslado entre administradoras del RAIS de Protección S.A. a Colfondos S.A. con fecha de efectividad del 1 de octubre de 1999; que hasta el 31 de julio de 2021, cotizó un total de 1.612 semanas al Sistema General de Seguridad Social; que Colfondos S.A. omitió informarle sobre la posibilidad que tenía de trasladarse antes del 28 de febrero de 2004; que Colfondos S.A. debió informarle antes del 27 de febrero de 2011, sobre la imposibilidad de trasladarse cuando faltaren diez años o menos para cumplir la edad mínima para adquirir el derecho a la pensión, lo que denota la negligencia de esta AFP; que

Colfondos S.A. le informó al demandante que el valor de su mesada pensional para el año 2021 era de \$1.680.000 en el RAIS; que conforme a la historia laboral, su mesada pensional en el RPM administrado por Colpensiones sería de \$5.375.288; que elevó un derecho de petición ante Colfondos S.A. el 2 de agosto de 2021, solicitando la ineficacia del traslado de régimen efectuado el 1 de marzo de 1997; que en el mismo sentido, elevó derechos de petición a Porvenir S.A., Protección S.A. y a Colpensiones.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (f.º 1 a 19 archivo 06, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que el accionante nació el 27 de febrero de 1959; que el 01 de junio de 1990, el demandante se afilió al RPM cotizando un total de 348 semanas en Colpensiones y que el 02 de agosto de 2021, presentó ante esta entidad solicitud de ineficacia del traslado del 01 de marzo de 1997. Frente a los restantes supuestos fácticos, dijo no constarle.

Como excepciones de mérito, propuso las de inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema, buena fe de Colpensiones, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, imposibilidad de declarar la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen y la innominada o genérica

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS contestó (f.º 3 a 18 archivo 05, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda y sobre los hechos manifestó que no era cierto que la AFP no hubiese informado al demandante sobre la posibilidad que tenía de retornar al RPM, toda vez que ha efectuado campañas exponiendo la posibilidad de retornar al RPM de acreditar con los requisitos establecidos la Ley 797 de 2003; que tampoco era verdad que la mesada pensional del demandante ascendiera a \$1.680.000 ni que se hubiese radicado solicitud de traslado. Frente a los demás hechos, manifestó no constarle.

Formuló como excepciones de fondo, las de falta de legitimación en la causa por pasiva, no existe prueba de causal de nulidad alguna, prescripción de la acción

para solicitar la nulidad del traslado, buena fe, compensación y pago, saneamiento de cualquier presunta nulidad de la afiliación, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, obligación a cargo exclusivamente de un tercero y nadie puede ir en contra de sus propios actos.

La ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. contestó (f.º 1 a 18 archivo 07, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que el accionante nació el 27 de febrero de 1959; que el 01 de mayo de 1999, había ingresado como afiliada a esta entidad, que el 13 de septiembre de 2000, se había trasladado a Colfondos S.A. y que el 02 de agosto de 2021, presentó ante esta entidad solicitud de ineficacia del traslado del 01 de marzo de 1997. Frente a los restantes supuestos fácticos, dijo no constarle.

Formuló como excepciones de fondo las de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, 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, traslado de aportes, aplicación del precedente sobre los actos de relacionamiento al caso concreto y la innominada o genérica.

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** no contestó la demanda, conforme que determinó el Juzgado por medio de auto del 21 de abril de 2022 notificado por anotación en estado del 22 de abril del mismo año (archivo 10 carpeta 1ª inst. exp. digital).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 27 de mayo de 2022 (archivos 14 y 15 carpeta 1ª inst. exp. digital), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de Régimen Pensional del demandante PEDRO WILLIAM PÉREZ OROZCO, al régimen de ahorro individual administrado por la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y por ende a LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. y a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS conforme a lo expuesto en la parte motiva de la sentencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido, entre el 01 de abril de 1997 hasta el 30 de abril de 1999, con motivo de la afiliación traslado del demandante PEDRO WILLIAM PÉREZ OROZCO, junto con los rendimientos que se hubieren causado, sin la posibilidad de efectuar descuento alguno, ni por administración ni por cualquier otro concepto, dadas las consecuencias de la ineficacia del traslado de Régimen Pensional, dineros que se ordenan devolver de manera indexada desde la fecha de su causación hasta la fecha de su pago.

PARÁGRAFO: Se autoriza efectuar el descuento del dinero que transfirió a la AFP Protección con ocasión al traslado de fondo solicitado por el demandante el 01 de mayo de 1999.

TERCERO: CONDENAR a la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido, entre el 01 de mayo de 1999 hasta el 30 de septiembre de 1999, con motivo de la afiliación traslado del demandante PEDRO WILLIAM PÉREZ OROZCO, junto con los rendimientos que se hubieren causado, sin la posibilidad de efectuar descuento alguno, ni por administración ni por cualquier otro concepto, dadas las consecuencias de la ineficacia del traslado de Régimen Pensional, dineros que se ordenan devolver de manera indexada desde la fecha de su causación hasta la fecha de su pago.

PARÁGRAFO: Se autoriza efectuar el descuento del dinero que transfirió a la AFP COLFONDOSA con ocasión al traslado de fondo solicitado por el demandante el 01 de octubre de 1999.

CUARTO: CONDENAR a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación traslado del demandante PEDRO WILLIAM PÉREZ OROZCO, junto con los rendimientos que se hubieren causado, sin la posibilidad de efectuar descuento alguno, ni por administración ni por cualquier otro concepto, dadas las consecuencias de la ineficacia del traslado de Régimen Pensional, dineros que se ordenan devolver de manera indexada desde la fecha de su causación hasta la fecha de su pago.

QUINTO: DECLARAR que el demandante PEDRO WILLIAM PÉREZ OROZCO se encuentra afiliado al régimen de prima media con prestación definida, administrado en su momento por el extinto I.S.S. y hoy administrado por la ADMINSTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, por las razones expuestas.

SEXTO: Declarar no probadas las excepciones propuestas por las demandadas.

SÉPTIMO: CONDENAR EN COSTAS a la demandada SOCIEDAD ADMINSTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

Para **Fundamentar su decisión** sostuvo que los afiliados al Sistema Pensional de Seguridad Social cuentan con el derecho de escoger libremente el régimen al que deseen pertenecer, conforme lo preceptúa el literal e) del artículo 13 Ley 100 de 1993. Sostuvo igualmente que el artículo 1604 Código Civil consigna que la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo, de manera que al ser las administradoras de fondos de pensiones las que deben cumplir con el deber de información, a ellas les corresponde acreditar tal cumplimiento.

Resaltó que, en relación con la obligación de debida asesoría a cargo de las administradoras de fondos de pensiones, la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral ha efectuado múltiples pronunciamientos en los que ha concluido que es deber de estas entidades brindar una información completa, suficiente y necesaria sobre las reales implicaciones que conllevaría dejar régimen anterior y las posibles consecuencias futuras. Expuso que la sentencia fundacional de esta línea jurisprudencial data del año 2008; que sus lineamientos que se han confirmado en sentencias más recientes como la SL4964-2018 y la SL146- 2019, de las cuales el Juez extrajo las siguientes subreglas: *i)* que las administradoras de fondos de pensiones tienen la obligación de brindar una información, completa, suficiente y necesaria sobre las reales implicaciones que conllevaría dejar régimen anterior y las posibles consecuencias futuras; *ii)* que en esta clase de procesos opera la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado y *iii)*, por último, que es procedente declarar la ineficacia traslado estando o no frente al beneficio de la transición o estando o no próximo a pensionarse.

Determinó que, aunque en el presente asunto el demandante no era beneficiario del régimen de transición, lo cierto era que, en todo caso, era posible cuestionar la validez del traslado si la administradora de fondo de pensiones no brindó una información completa, comprensible y oportuna respecto de las características de los regímenes pensionales, pues ello le habría impedido al demandante escoger la opción que más le conviniera de acuerdo a su situación personal.

Expuso que, en el caso que nos ocupa no existía material probatorio suficiente para acreditar que al demandante sí se le hubiese suministrado la información necesaria y relevante, hecho positivo que debía ser demostrado por Porvenir S.A. por operar en este caso la inversión de la carga de la prueba, conforme lo indicado anteriormente. En este sentido, determinó que a esta AFP le correspondía acreditar que en efecto existió la explicación debida sobre las reales implicaciones generaría el cambio de régimen y que los únicos elementos de juicio allegados fueron los formularios de vinculación, documentos que, por sí solos, resultan insuficientes para cumplir con la carga probatoria, tal y como lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia y el Decreto 663 de 1993. Además, resaltó que del interrogatorio de parte del demandante no se desprende confesión alguna que dé cuenta de que éste hubiese recibido asesoría o información en los parámetros previamente señalados que le permitiera conocer las características de cada régimen y le hubiese garantizado tomar una decisión debidamente informada.

Concluyó que, lo procedente era acceder a las pretensiones de la demanda y, por tanto, declarar la ineficacia del traslado que el demandante efectuó del RPM al RAIS administrado inicialmente por Porvenir S.A. Determinó igualmente que, lo accesorio debía seguir la suerte de lo principal, por lo que los traslados posteriores efectuados entre administradoras del RAIS también se debían declarar como ineficaces. Consideró que Colfondos S.A., Porvenir S.A. y Protección S.A. debían trasladar a Colpensiones todos los dineros que hubiesen recibido con ocasión de la afiliación del demandante junto con los rendimientos causados y pagados a cada administradora, sin la posibilidad de descuento alguno, ni por gastos de administración ni por cualquier otro concepto dadas las consecuencias de la ineficacia declarada.

RECURSO DE APELACIÓN

PROTECCIÓN S.A. interpuso recurso de apelación a efectos de que se revoque la decisión con base en los siguientes argumentos: el Juez al ordenar la devolución de los gastos de administración no tuvo en cuenta que durante el tiempo en que el demandante estuvo afiliado a esta entidad, ella administró los dineros que él mismo depositó en su cuenta de ahorro individual de manera diligente, lo que se acredita con los altos rendimientos, por lo que de manera legal y como contraprestación de esta gestión, descontó el 3% por concepto de gastos de administración y los seguros previsionales; que, en el hipotético caso en que el Tribunal considere que se debe efectuar la devolución de estos dineros, no debe proceder el traslado de los rendimientos generados, pues ellos se causaron producto de la buena administración de la AFP; que en el evento en que, a pesar de lo anterior, ello se ordene, se estaría configurando un enriquecimiento sin justa causa, sin reconocer ningún dinero por la gestión realizada.

COLPENSIONES interpuso recurso de apelación a efectos de que se revoque la decisión con base en los siguientes argumentos: el A quo no tuvo en cuenta que el traslado se dio con ocasión de una aceptación explícita por parte del demandante al firmar el formulario de traslado, al efectuar traslados horizontales posteriores y al permanecer en el RAIS por más de 20 años. Finalmente, indicó que se debe tener en cuenta que Colpensiones actúa de buena fe.

COLFONDOS S.A. interpuso recurso de apelación parcial a efectos de que se revoque la decisión con base en los siguientes argumentos: no es posible que se disponga aplicar la indexación de los rendimientos generados durante el período en

que esta AFP administró los recursos del actor, debido a que los rendimientos generados superan lo que éste hubiese podido recibir en el RPM, además, ello tampoco fue solicitado en la demanda, ni fue objeto del litigio, por lo que la sentencia en ese sentido, desconoce el principio de congruencia y consonancia.

CONSIDERACIONES

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

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual que hizo el demandante a través de la AFP Porvenir S.A. es ineficaz por falta de información, si, como consecuencia de ello, también resultan ineficaces los posteriores traslados efectuados por el actor a Protección S.A. y a Colfondos S.A., igualmente, si hay lugar a trasladar a Colpensiones los todos los aportes realizados por el actor en el RAIS.

En el presente asunto no son materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: **i)** que el señor Pedro William Pérez Orozco nació el 27 de febrero de 1959 (f°165, archivo 01 de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); **ii)** que estuvo vinculado al RPM con el ISS desde 01 de junio de 1990, hasta el 31 de marzo de 1997 (f°285, archivo 05 y f°25, archivo 07 de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); **iii)** que 01 de abril de 1997, se trasladó del entonces ISS a Protección S.A. (f°25, archivo 07 de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); **iv)** que 01 de mayo de 1999, se trasladó de Porvenir S.A. a Protección S.A.; y **v)** que el 01 de octubre de 1999, se trasladó de Protección S.A. a Colfondos S.A. (f°25, archivo 07 de la carpeta 1ª inst. exp. Digital)

INEFICACIA DE LOS TRASLADOS

La alta Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral ha sostenido que, cuando el conflicto suscitado tiene como origen la omisión del suministro de información al afiliado por parte de la AFP en el momento del traslado de régimen pensional, debe analizarse desde la figura jurídica de la ineficacia, puesto que, al

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

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

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

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

La Corte Suprema de Justicia Sala Laboral concluyó, desde su fundación, las AFP tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. Sobre el particular, cabe traer a colación, lo dicho en la sentencia CSJ SL1055-2022, en la que se expuso:

Pues bien, es menester recordar que la Corte ha precisado de manera pacífica y reiterada que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones, se estableció en cabeza de las AFP el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados en forma clara, precisa y oportuna acerca de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas (CSJ: SL12136-2014, SL17595-2017, SL19447-2017, SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689-2019, SL3464- 2019, SL4360-2019, SL2611-2020 y SL4806-2020).

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

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

Así, para la fecha en la que el accionante se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, - **01 de abril de 1997** -la obligación de la AFP se enmarcaba en el primer periodo, según el cual debía entregar información suficiente y transparente que le permitiera elegir «*libre y voluntariamente*» la opción que mejor se ajustara a sus intereses (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019), conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 -posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003- y el párrafo del artículo 18 del Decreto 656 de 1994, lo cual implicaba la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

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

Resulta pertinente indicar, que ese deber de información debe cumplirse absolutamente siempre, con independencia de si el potencial afiliado es una persona con estudios académicos superiores, como por ejemplo abogado o con cargos laborales directivos o subdirectivos, ya que, esto no implica de ninguna manera que conozca el sistema pensional, configurándose como un afiliado lego en este puntual tema, y la AFP como la experta, y es que no puede ser de otra manera, pues los fondos privados cuentan con una estructura corporativa especializada, experta en la materia y respaldada en complejos equipos actuariales capaces de conocer los detalles de su servicio, lo que las ubica en una posición de preeminencia frente a los usuarios.

Ahora bien, esta Sala encuentra que en el expediente ni siquiera obra el formulario de afiliación del demandante en el que conste la solicitud de traslado a Porvenir S.A. cuya eficacia se cuestiona, de manera que, al no existir prueba de la firma del formulario, mucho menos se demuestra con prueba alguna que se le hubiese brindado a la demandante una asesoría completa, veraz, comprensible e integral sobre las ventajas y desventajas de haber efectuado el traslado. Sin perjuicio de lo expuesto, en el evento en que la demandante hubiese diligenciado este documento, lo cierto es que el mismo sólo corresponde una exigencia requerida para el ingreso de un afiliado con la fórmula pre-impresa en la casilla destinada a la firma, sin que de este se desprenda que dicha AFP hubiese cumplido con el deber de suministrar al afiliado una ilustración suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna sobre las implicaciones de abandonar el esquema de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras.

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

Después de dejar claro en el plenario no obra prueba alguna que dé cuenta de la existencia de una debida asesoría al demandante, es preciso ahora resaltar que, contrario a lo alegado por Colpensiones en su recurso de apelación, los actos posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados, porque le realizaron una reasesoría, o porque no retorno al RPM, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad.

En consonancia con lo antes señalado, debe resaltar la Sala que, desde la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, se ha sostenido que, una vez acreditada la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual, el acto jurídico no se torna en eficaz por los cambios que los afiliados hagan entre administradoras privadas o **porque no hayan expresado inconformidad alguna con el sistema habiendo**

permanecido en el mismo, lo que ha sido reiterado entre otras en las providencias CSJ SL2877-2020, CSJ SL1942-2021, CSJ SL1949-2021 y CSJ SL1623-2022.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020 y CSJ SL4811-2020). (Subrayadas fuera del texto original).

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

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

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

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

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

En consecuencia, se confirmará la decisión del *a quo* frente a la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen realizado con fecha de efectividad **01 de abril de**

1997 al RAIS a través de la AFP Porvenir S.A., así como los traslados horizontales posteriores, con todas las consecuencias jurídicas impuestas en primera instancia.

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

COSTAS

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

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

RESUELVE:

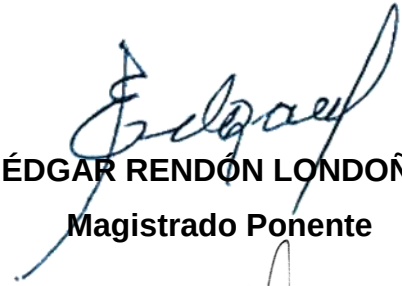
PRIMERO: ADICIONAR Y MODIFICAR LOS NUMERALES SEGUNDO, TERCERO y CUARTO de la sentencia apelada proferida por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, únicamente en el sentido de **ORDENAR** a la **ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, a **ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** y a **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**, a trasladar a COLPENSIONES y esta a su vez a recibir por parte de aquellas, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados, y con cargo a sus propios recursos, y los rendimientos con las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, más los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual, durante el tiempo en que el demandante estuvo afiliado a estas administradoras. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus

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

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

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de Colpensiones y de las AFP Protección S.A. y Colfondos S.A. Se fijan como agencias en derecho la suma de \$1.160.000 para cada una.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

República de Colombia



Libertad y Orden

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

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	11001310502620200012801
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	JEANETTE MORA MARTÍNEZ
DEMANDADO	- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES - ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

En Bogotá D. C. a los veintiocho (28) días del mes de abril de dos mil veintitrés (2023), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA:

ANTECEDENTES

Pretende la señora **Jeanette Mora Martínez** se **declare** la nulidad o ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida (en adelante RPM) al de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS). Como consecuencia de lo anterior, se **declare** para todos los efectos legales que siempre ha permanecido afiliada al RPM con Colpensiones; que se **condene** a la AFP Protección S.A. a trasladar a Colpensiones los aportes realizado, junto con los rendimientos, frutos y bono pensional; que se **condene** a las demandadas a lo que resulte probado ultra y extra petita y a las costas y agencias en derecho.

Como hechos fundamento de las pretensiones (f °. 198 a 200 archivo 1, carpeta 1ª inst. exp. digital), señaló en síntesis, que nació el 11 de marzo de 1960; que cotizó al RPM en el periodo comprendido entre el 22 de marzo de 1979, al 10 de febrero de 1983, un total de 90.29 semanas; que prestó sus servicios en el Ministerio de

Hacienda y Crédito Público desde el 4 de abril de 1983, hasta el 30 de abril de 1991, cotizando 415 semanas en la Caja Nacional de Previsión Social – CAJANAL; que el 14 de junio de 1996, se trasladó al RAIS, con la AFP Protección, cotizando hasta el mes de mayo de 2019, un total de 831 semanas; que sumados los tiempos de servicio acredita un total de 1.336,26 semanas cotizadas al Sistema General de Pensiones; que la decisión de traslado de régimen no fue informada, autónoma, consiente y transparente, teniendo en cuenta que no se le brindó información completa, integral y veraz sobre las consecuencias del traslado del régimen y las formas en que el mismo impactaría su mesada pensional; que a Protección le correspondía documentar en forma clara y suficiente los efectos que acarrea el cambio de régimen; la AFP no ha realizado la corrección o actualización del reporte de semanas cotizadas, omitiendo incluir el tiempo cotizado en el ISS y en el Ministerio de Hacienda y crédito Público.

Señaló que, el 12 de septiembre de 2019, radicó derecho de petición ante la AFP en el que solicitaba copia del formulario de afiliación, de las variables que se tienen en cuenta para determinar el valor de la mesada pensional y una proyección del valor que por ese concepto le correspondería en el RPM y en el RAIS; que Protección a través de comunicación del 20 de septiembre de 2019, con radicado CAS:4990342-LOXOK5, indicó que ella figura como afiliada a este fondo desde el 14 de junio de 1996, hasta la fecha y que no era posible suministrar los documentos relacionados con el traslado, dado que las asesorías que se brindaban eran presenciales, frente a la proyección de las mesadas se le indicó que en el RPM tendría derecho al reconocimiento de la indemnización sustitutiva de la pensión por vejez y no se indicó cual era el valor de la mesada en el RAIS; que el día 12 de septiembre de 2019, se radicó derecho de petición ante Protección, solicitando copia de los documentos en que conste la información brindada al momento del cambio de régimen y que se declarara la nulidad o ineficacia del traslado de régimen; que la AFP dio respuesta desfavorable a esta solicitud el 20 de septiembre de 2019, radicado CAS:4990046-POM1P2; el 4 de septiembre de 2019, se radicó derecho de petición ante Colpensiones solicitando se declarara la nulidad o ineficacia del traslado de régimen, petición que fue desestimada en oficio BZ2019-11992676-2610558 del 5 de septiembre de 2019; que de esta forma fue agotada la reclamación administrativa.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (f° 328 a 338 archivo 1, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que el nacimiento de la accionante fue el 11 de marzo de 1960; que cotizó al RPM un total de 90.29 semanas entre el periodo comprendido entre el 22 de marzo

de marzo de 1979, hasta el 10 de febrero de 1983; que el 14 de junio de 1996, se trasladó de régimen con la AFP Protección; que acredita 1.336.29 semanas cotizadas al Sistema General de Pensiones; que fue radicado ante la entidad derecho de petición en donde fue solicitando la declaratoria de nulidad o ineficacia del traslado de régimen, petición que fue resuelta de manera negativa en oficio BZ2019-11992676-2610558 del 5 de septiembre de 2019. Frente a los restantes supuestos fácticos, dijo no constarle. Como excepciones de mérito, propuso las de prescripción, cobro de lo no debido, buena fe y presunción de legalidad de los actos administrativos.

De otro lado, **ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCION S.A.** contestó (archivo 2, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que el natalicio de la demandante fue el 11 de marzo de 1960; que el día 14 de junio de 1996, se trasladó del RPM al RAIS, cotizando hasta el mes de mayo de 2019, un total de 831 semanas; que el 12 de septiembre de 2019, la accionante radicó derecho de petición ante la AFP, solicitando copia del formulario de afiliación, de las variables que se tienen en cuenta para determinar el valor de la mesada pensional y una proyección del valor que por ese concepto le correspondería en el RPM y en el RAIS, solicitud a la cual se le dio respuesta a través de comunicación con radicado CAS:4990342-LOXOK5 del 20 de septiembre de 2019, en donde se le indicó que figuraba como afiliada a este fondo desde el 14 de junio de 1996, hasta la fecha, y que no era posible suministrar los documentos relacionados con el traslado, debido a que las asesorías que se brindaban eran presenciales; frente a la proyección de las mesadas se le indicó que en el RPM tendría derecho al reconocimiento de la indemnización sustitutiva de la pensión por vejez y no se indicó cual era el valor de la mesada en el RAIS; que nuevamente la parte actora, el día 12 de septiembre de 2019, radica derecho de petición, en donde solicita copia de los documentos en que conste la información brindada al momento del cambio de régimen y que se declarara la nulidad o ineficacia del traslado de régimen, petición que fue atendida de manera desfavorable en comunicación CAS:4990046-POM1P2 del 20 de septiembre de 2019. Frente a los restantes supuestos fácticos, dijo no constarle o no ser ciertos. Como excepciones de mérito, propuso 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, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP, Inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa de

devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa e Innominada o genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 22 de junio de 2022 1 (archivo 7 carpeta 1ª inst. exp. digital), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR ineficaz el traslado efectuado por la demandante JEANETTE MORA MARTINEZ, al régimen de ahorro individual con solidaridad, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR al FONDO DE PENSIONES PROTECCIÓN a transferir a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES la totalidad de los aportes realizados por la demandante, junto con los rendimientos financieros causados, y sin que haya lugar a descontar suma alguna por concepto de administración, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES para que acepte dicha transferencia y contabilice para todos los efectos pensionales las semanas cotizadas por la demandante, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas.

QUINTO: CONDENAR en costas de esta instancia al fondo de pensiones PROTECCION, fijándose como agencias en derecho la suma de UN MILLÓN DE PESOS (\$1.000.000).

Para Fundamentar su decisión, sostuvo que conforme lo dispuesto por la Corte Suprema de Justicia en sentencia CSJ SL12136-2014, lo que debe analizarse en virtud de lo dispuesto en los artículos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993, es si el acto jurídico que generó el traslado es o no eficaz, es así que para que se entienda que la afiliación se realizó de manera libre y voluntaria, se debe verificar si la administradora puso en conocimiento del afiliado los riesgos que implica el traslado de régimen y cuáles son sus beneficios, se debe demostrar que la entidad garantizó una decisión informada que permita al afiliado una manifestación de voluntad autónoma y consiente.

Señaló que, esta misma corporación en sentencia con rad. 6852, reitero que el deber de información ha existido desde la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, por lo tanto, debe analizarse el momento histórico de la afiliación con la finalidad de verificar si se cumplió con el deber legal, esto es, determinar si se ilustró al afiliado sobre las características, condiciones, accesos, efectos y riesgos de cada régimen pensional.

Por otro lado, expresó que conforme lo dispuesto en los artículos 97 de la Ley 100 de 1993, los fondos de pensiones son patrimonios autónomos propiedad de los

afiliados independientes de las administradoras, por lo que se debe aplicar normas y principios que regulan los encargos fiduciarios propios de la legislación comercial. Por su parte, el artículo 15 del Decreto 656 de 1994, estableció que los fondos de pensiones deben establecer un reglamento que contenga los derechos y deberes de los afiliados, lo cuales deben ser puestos en conocimiento del afiliado al momento de su traslado.

Indicó que, conforme lo sentado por la Corte, el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliaciones es insuficientes, toda vez que, se debe demostrar un consentimiento debidamente informado, carga de la prueba que se encuentra en cabeza del fondo privado.

Preciso que, conforme la prueba documental allegada, se demostró que la demandante se trasladó del Instituto de Seguros Sociales a la AFP Davivir y que en el formulario de afiliación se plasmaron únicamente los datos personales de la demandante, sin que Protección lograra demostrar que la información que le brindó a la demandante al momento de la afiliación haya sido clara, suficiente y eficaz frente a cada una de las características propias del RAIS, la diferencia entre los dos regímenes, tampoco se demostró que le haya indicado cual era el más favorable para su caso particular y futuro pensional.

Concluyó que, al no demostrarse el cumplimiento del deber de información declaró la ineficacia de la afiliación y como consecuencia de ello se ordenó a Protección a trasladar a Colpensiones la totalidad de los aportes realizados por el afiliado, junto con los rendimientos financiero sin lugar a descontar suma alguna por concepto de administración.

En cuanto a la excepción de prescripción, señaló que dicho derecho era imprescriptible, dado que se trata de la construcción de un beneficio pensional; en cuanto a los demás medios exceptivos los declaró no probados.

Frente a la anterior decisión, las partes no interpusieron recurso alguno.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del CPTSS, como quiera que no se presentó recurso de apelación y la sentencia de primera instancia le fue adversa.

PROBLEMA JURÍDICO

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

En el presente asunto no es materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: **i)** que la señora Jeanette Mora Martínez nació el 11 de marzo de 1960; **ii)** que realizó cotizaciones en pensión al ISS, hoy Colpensiones desde el 22 de marzo de 1979, hasta el 10 de febrero de 1983 (f° 111 a 113, archivo 5 de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); **iii)** que realizó cotizaciones en pensión a CAJANAL desde el 04 de abril de 1983, hasta el 02 de abril de 1991 (f° 115 a 119, archivo 1 de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); y **iv)** que el **14 de junio de 1996**, se trasladó al RAIS mediante la suscripción de un formulario de vinculación con Davivir hoy Protección, el cual se hizo efectivo a partir del 1 de agosto de 1996 (f° 27 a 29, archivo 2 de la carpeta 1ª inst. exp. Digital).

INEFICACIA DEL TRASLADO

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

Igualmente, se fijó por esa Corporación que es a las administradoras de pensiones a quienes les corresponde acreditar el cumplimiento del deber de información, pues exigir al afiliado una prueba del incumplimiento por parte de la AFP es un despropósito, en la medida que la alegación de no recibir información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuar el fondo de

pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; además, estableció que la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento, y finalmente explicó que no era razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación tienen una clara preeminencia respecto al afiliado lego, a tal punto que la legislación considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros (artículo 11, literal b), Ley 1328 de 2009) (CSJ SL1452-2019).

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

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

que la información suministrada tenía como propósito no solo evaluar las mejores opciones del mercado sino también la de «*poder tomar decisiones informadas*».

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

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

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

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

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

Así, para la fecha en la que la accionante se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad – **14 de junio 1996** -, la obligación de la AFP se enmarcaba en el primer periodo, según el cual debía entregar información suficiente y transparente

que le permitiera elegir «*libre y voluntariamente*» la opción que mejor se ajustara a sus intereses (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019), conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 -posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003-, lo cual implicaba la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

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

Ahora bien, aun cuando en el expediente obra el formulario de solicitud de afiliación de la AFP Davivir suscrito el 14 de junio de 1996, de él solo se advierte la fecha de su diligenciamiento, los datos personales y laborales de la accionante, de modo que únicamente da cuenta de una exigencia requerida para el ingreso de un afiliado con la fórmula pre-impresa en la casilla destinada a la firma, sin que del mismo pueda concluirse que dicha AFP cumplió con el deber de suministrar al afiliado una ilustración suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna sobre las implicaciones de abandonar el esquema de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras.

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

Bajo el anterior contexto, resulta claro que la administradora de pensiones, no cumplió con el deber de información suficiente, clara, comprensible y oportuna sobre las características de los dos regímenes pensionales y las consecuencias que

implicaba el retirarse del RPM al que se encontraba afiliado, carga probatoria que a ella le correspondía como se tiene adoctrinado por nuestro máximo órgano de cierre (CSJ SL1565-2022, CSJ SL1055-2022, CSJ, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4426-2019, CSJ SL4806-2020 y CSJ SL4062-2021); en consecuencia, como ello no se acreditó, conduce a que **el traslado se torne ineficaz**, como acertadamente lo concluyó el juez de primer grado, por lo que habrá de confirmarse su decisión en lo relativo a este punto.

De igual forma, resulta oportuno traer a colación la sentencia CSJ SL5655-2021, en la cual se definió que, una vez declarada la ineficacia, procedía el regreso de los afiliados de Cajanal, al régimen de prima media, hoy administrado por Colpensiones. Allí se indicó:

(...) es oportuno destacar que el Decreto 2196 de 12 de junio de 2009 ordenó la supresión y liquidación de Cajanal y dispuso el traslado de sus afiliados al ISS, hoy Colpensiones.

Asimismo, que el artículo 156 de la Ley 1151 de 2007 creó la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP, entidad a la que le delegó, entre otras funciones, el reconocimiento de los derechos pensionales y prestaciones económicas de los afiliados a Cajanal, «causados hasta su cesación de actividades como administradora; así como los correspondientes a servidores públicos que cumplieron el tiempo de servicio requerido por ley y sin contar con el requisito de edad, pero que estaban retirados o desafiliados del RPMPD con anterioridad a su cesación de actividades como administradoras».

En este asunto no se discute que para la fecha en que la accionante se trasladó al régimen de ahorro individual -1.º de marzo de 2003- no tenía un derecho consolidado, de modo que la UGPP no tiene incidencia en el eventual reconocimiento de sus prestaciones (CSJ SL2208-2021).

Así las cosas, el regreso al statu quo implica que la actora debe ser redirigida al único ente que hoy administra las afiliaciones del régimen de prima media con prestación definida, esto es, el ISS, hoy Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, que asumió esta obligación conforme se indicó (subraya fuera del texto).

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

otros, con cargo a sus propias utilidades, tal y como lo ha admitido la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, pudiéndose traer a colación la sentencia CSJ SL1467-2021, en la que adoctrinó:

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

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

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

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

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

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

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

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

PRESCRIPCIÓN

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

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

COSTAS

No se condena en costas en esta instancia, como quiera que no fueron interpuestos recursos.

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

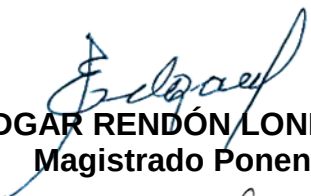
RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR Y MODIFICAR EL NUMERAL SEGUNDO de la sentencia consultada, proferida por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, únicamente en el sentido de **ORDENAR** a la **ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, a trasladar a COLPENSIONES y esta a su vez a recibir por parte de aquella, los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados, y con cargo a sus propios recursos, y los rendimientos con las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, más los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual, durante el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a estas administradoras. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

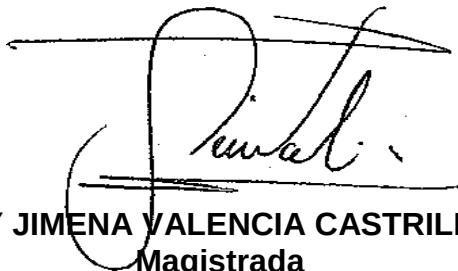
SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia consultada.

TERCERO: Sin costas.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

ACLARACIÓN DE VOTO

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE JEANETTE MORA MARTÍNEZ CONTRA COLPENSIONES Y OTROS (RAD. 26-2020-00128-01)

M.P. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

Con el debido respeto de mis compañeros de sala, me permito aclarar el voto, pues si bien estoy de acuerdo con la declaratoria de ineficacia del traslado, resulta oportuno realizar consideraciones en torno a si se trata de un traslado o una afiliación inicial, la ocurrida en vigencia de la Ley 100 de 1993.

Conforme con lo anterior, en el presente asunto ha de tenerse en cuenta que la última cotización de la actora en el régimen de prima media con prestación definida lo fue el 02 de abril de 1991, sin que se presenten aportes en ese régimen con posterioridad al 1 de abril de 1994, sin embargo, ello no es óbice para mantener la calidad de afiliada al régimen de prima media con prestación definida, siendo su vinculación al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por DAVIVIR, hoy PROTECCIÓN S.A. que tuvo ocurrencia el 14 de junio de 1996, un traslado, conforme pasa a exponerse:

No se desconoce que el artículo 3° del Decreto 692 de 1994, reglamentario de la ley 100 de 1993, establece que a partir del 01° de abril de 1994 los afiliados al Sistema General de Pensiones **“deberán”** seleccionar uno de los dos régimen pensionales, bien sea el del régimen solidario de prima media con prestación definida o el régimen de ahorro individual con solidaridad, no obstante, dicha obligación está dirigida a los nuevos afiliados al sistema general de pensiones que entró a regir al 1° de abril de 1994, pues solo a partir de la expedición de la Ley 100 de 1993 coexisten dos regímenes de pensiones excluyentes, deber estatuido también con la finalidad de prevenir casos de multiafiliación.

De esta manera, quienes a partir de la vigencia del nuevo sistema general de pensiones requirieran vincularse al sistema general de pensiones debían escoger entre uno y otro régimen, no pasando lo mismo con quienes antes del 01 de abril de 1994 se encontraban afiliados al otrora ISS, hoy COLPENSIONES, ya que es el mismo Decreto el que establece a renglón seguido en el artículo 4° que seguirán vinculados al régimen de prima media con prestación definida, entre otros *“los trabajadores del sector privado y los afiliados voluntarios que seleccionen el régimen solidario de prima media con prestación definida deberán vincularse al Instituto de los Seguros Sociales, ISS, o continuar vinculados a éste si ya lo están”*, (Negrilla fuera del texto), circunstancia esta última que acontece en el sub examine, pues la actora a pesar de no haber sufragado cotizaciones al ISS con posterioridad al 01 de abril de 1994, venía afiliada al régimen de prima media con prestación definida a través del ISS desde el 22 de marzo de 1979, y de ninguna manera puede considerarse que la falta de cotizaciones le haga perder tal condición, pues ello sería tanto como desconocer su vinculación y cotizaciones al sistema pensional antes de 1994, máxime cuando la afiliación al régimen pensional es única, permanente y vitalicia, pues así lo ha adoctrinado la Corte Suprema de Justicia desde vieja data, en los anteriores términos:

*“La afiliación es la fuente de los derechos y obligaciones de la Seguridad Social, y brinda una pertenencia permanente al Sistema; **se da mediante una primera y única inscripción vitalicia, y en ningún momento la afiliación al Sistema de seguridad social en pensiones se suspende o se pierde porque se dejen de causar cotizaciones o no se paguen éstas**” (Radicación No 34240 del 21 de octubre de 2008) (Negrilla fuera del texto).*

Igualmente, del artículo 11 del Decreto 692 de 1994, se deduce que quienes antes del 01 de abril de 1994 venían afiliados al ISS, Caja, fondo o entidad del sector público no requieren diligenciar nuevamente formulario de afiliación para entenderse incorporados al régimen de prima media con prestación definida, y así se consagra en los siguientes términos:

*“Quienes al 31 de marzo de 1994 **se encuentren vinculados al ISS, pueden continuar en dicho instituto, sin que sea necesario el diligenciamiento del formulario o comunicación en la cual conste su vinculación. Igual tratamiento se aplicará a los servidores públicos que se encuentren afiliados a una caja, fondo o entidad del sector público mientras no se ordene su liquidación. En estos casos, no es aplicable la prohibición de traslado de régimen antes de 3 años a que se refiere el artículo 15 del presente Decreto, y en consecuencia podrán ejercer en cualquier momento la opción de traslado.**” (Negrilla fuera del texto)*

De lo anterior, de manera cristalina se logra establecer que la falta de cotizaciones al 1 de abril de 1994 no implica que el afiliado al régimen de prima media con prestación definida pierda la calidad de afiliado a ese régimen, ni tampoco que deba diligenciar un nuevo formulario de afiliación, pues en aquellos eventos, como acaeció en el sub examine, venía afiliada al ISS desde el 22 de marzo de 1979, y sin necesidad de nuevo formulario o afiliación al ISS, se trasladó de régimen pensional el 14 de junio de 1996 a la AFP DAVIVIR, hoy PROTECCIÓN S.A.

De igual manera, valga la pena traer a colación lo discurrido en sentencia SL1419-2018, en la que la Corte le ha dado vocación de permanencia a la afiliación al sistema pensional, independiente de si se sufragaron o no cotizaciones y cuya afiliación data de antes de abril de 1994, veamos:

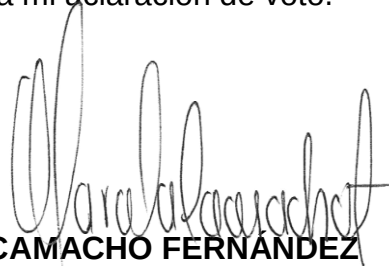
*“Por lo anterior, debía dársele el trato de un afiliado inactivo, de acuerdo con lo establecido en el artículo 13 del Decreto 692 de 1992, según el cual la afiliación al sistema de pensiones tiene un carácter permanente y «...no se pierde por haber dejado de cotizar durante uno o varios períodos, pero podrá pasar a la categoría de afiliados inactivos, cuando tenga más de seis meses de no pago de cotizaciones.» Así también lo ha reconocido esta sala de la Corte en sentencias como la CSJ SL2138-2016, CSJ SL9288-2017 y CSJ SL738-20108, entre muchas otras, en las que ha recalcado que la afiliación al sistema de pensiones es libre y voluntaria, **además de que tiene naturalmente una vocación de permanencia.** (...)*

*En ese sentido, **por el simple hecho de no haberse inscrito en otro régimen de pensiones y haber permanecido como afiliado inactivo en la demandada, el actor debía entenderse inscrito de manera necesaria en el régimen de prima media con prestación definida.***

De esta manera, la afiliación al régimen pensional es única y vitalicia, y no se pierde o suspende por falta de cotizaciones, motivo por el cual, quienes a 1° de abril

de 1994 venga afiliados al régimen de prima media con prestación definida, independientemente de que tengan o no cotizaciones con posterioridad al citado régimen de prima media, y se afilian al RAIS, realizan un traslado de régimen pensional, y en ese orden sí resulta procedente la declaratoria de ineficacia del traslado.

En los anteriores términos dejo plasmada mi aclaración de voto.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

República de Colombia



Libertad y Orden

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

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	11001310502720190001601
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	EFRAÍN TARAZONA DUARTE
DEMANDADO	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES

En Bogotá D. C. a los Veintiocho (28) días del mes de abril de dos mil veintitrés (2023), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA:

ANTECEDENTES

Pretende el señor **Efraín Tarazona Duarte** se **condene** a Colpensiones a reconocer y pagar la pensión de vejez a partir del 18 de octubre de 2001; **condenar** al pago de los intereses moratorios en los términos del artículo 141 de la ley 100 de 1993, por la tardanza en el reconocimiento y pago de la prestación; que se **condene** a la demandada a lo que resulte probado ultra y extra petita, a las costas y agencias en derecho.

Como hechos fundamento de las pretensiones (fº. 3 a 4 exp. físico), señaló en síntesis, que nació el 18 de octubre de 1941; que es beneficiario del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, debido a que cumplía con 40 años de edad al 1 de abril de 1994; que en su historia laboral se refleja un total de 963 semanas aportadas hasta el 31 de enero de 1999; que dicha historia laboral presenta inconsistencias y no tiene en cuenta la totalidad de los periodos laborados; que conforme certificación del 28 de mayo de 2018, emitida por Colombia Mayor, tuvo afiliación al fondo de solidaridad pensional – programa subsidio al aporte en pensión,

desde el 1 de junio de 1998 hasta el 25 de mayo de 2001; que en el reporte de semanas cotizadas, no se reflejan dichas semanas de cotización, las que equivalen a 154; que dicha inconsistencia no es excusa para negar el reconocimiento de la prestación económica, pues es deber de las administradoras salvaguardar la información de sus afiliados, manteniendo actualizada y corregida la historia laboral; que teniendo en cuenta estos periodos de cotización, registraría un total de 1117 semanas, cotizadas en toda la vida laboral; que los 55 años de edad fueron cumplidos el día 18 de octubre de 2001.

A su vez, señala que satisfizo los requisitos para causar el derecho a la pensión de vejez, conforme lo establecido en el artículo 12 del Decreto 758 de 1990; que solicitó el 19 de abril de 2001, el reconocimiento de la pensión, la que fue negada por el ISS a través de la Resolución No. 006300 de 2001; que la petición de reconocimiento pensional fue reiterada el 27 de septiembre de 2018 y en esta ocasión se hizo ver las inconsistencias presentadas en la historia laboral, solicitud que fue desestimada por Colpensiones en la Resolución SUB 285089 del 30 de octubre de 2018; que no esta obligado a soportar los efectos de la negligencia de la entidad demandada, respecto al cobro y administración de la información de los aportes al Sistema General de Pensiones; que por la tardanza en el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, Colpensiones debe reconocer los intereses moratorios.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** contestó (f° 42 a 48 archivo 1, carpeta 1ª inst.), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que el señor Efraín Tarazona Duarte nació el 18 de octubre de 1941; que es beneficiario del régimen de transición contemplado con el artículo 36 de la ley 100 de 1993; que cuenta con 963 semanas aportadas al 31 de enero de 1999; que el actor solicitó el día 19 de abril de 2001, el reconocimiento de la pensión, la que fue negada mediante Resolución 006300 de 2001, por no cumplir con los requisitos para ello; que el 27 de septiembre de 2018, nuevamente fue prestada solicitud de reconocimiento pensional, peticiones que fue negada el Resolución SUB 285089 del 30 de octubre de 2018. Frente a los restantes supuestos fácticos, dijo no constarle. Como excepciones de mérito, propuso las de inexistencia del derecho reclamado, buena fe de Colpensiones, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, no configuración del derecho al pago del IPC ni de indexación o reajuste alguno; carencia de causa para demandar,

prescripción, compensación, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, innominada o genérica.

En atención a lo dispuesto en los Acuerdos PCSJA21-11766 del 11 de marzo de 2021, el expediente de la referencia, fue trasladado del Juzgado Veintisiete (27) Laboral del Circuito de Bogotá al Juzgado Segundo (2º) Transitorio Laboral del Circuito del mismo distrito judicial.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Segundo (2º) Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 13 de julio de 2021 (fº. 64 exp. físico), resolvió:

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda elevadas por el accionante Efraín Tarazona Duarte, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la sentencia.

SEGUNDO: DECLARAR probadas las excepciones de merito denominadas inexistencia de derecho, buena fe y cobro de lo no debido, propuestos por la parte demandada Colpensiones.

TERCERO: CONDENAR en costas de la instancia como se estableció en la parte motiva de la sentencia.

CUARTO: En caso de no ser apelada la decisión, CONCEDER el grado jurisdiccional de Consulta a favor del demandante Efraín Tarazona Duarte, de conformidad con el inciso segundo del artículo 69 del C.P.T. y de la S.S.

Para fundamentar su decisión, sostuvo que el demandante era beneficiario del régimen de transición y por ello le resultaba aplicable lo dispuesto en el Decreto 758 de 1990; que de acuerdo con esta norma, el demandante acreditó el cumplimiento de los 60 años de edad el día 18 de octubre de 2001. Que luego de revisar la historia laboral del demandante, se tiene que el cotizó entre el 1 de agosto de 1968 y el 31 de enero de 1999 un total de 6.743.03 días de cotización, lo que equivale a 963.29 semanas, por lo que concluyó que el actor no contaba con la densidad de semanas cotizadas.

Manifestó que, la disputa se centra respecto de las presuntas semanas cotizadas entre el 1 de julio de 1998 y el 25 de mayo de 2001, a través del fondo de solidaridad pensional y el consorcio prosperar, frente a lo cual señaló que si bien, obra certificación expedida por el consorcio Colombia Mayor, y se acredita que se encontraba afiliado para este interregno al fondo de solidaridad pensional, lo cierto es que no acreditó el cumplimiento del pago de aporte correspondientes, tal y como lo prescribe el Decreto 1858 de 1995, vigente para la fecha en la que alude el actor haber cotizado de manera periódica.

Adicionalmente, expresó que de los documentos presentados por la parte demandante, no puede colegirse que haya realizado el pago correspondiente para hacerse beneficiario del subsidio pensional, pues debió aportarse el formato de consignación de aportes descrito en el artículo 7 ibidem. De esta misma forma, sostuvo que, del archivo GN-REC-IN-2018_122445502-20181019034420 obrante en el expediente administrativo del actor, puede observarse que a folio 11 del reporte de periodos cotizados en el sistema del régimen subsidiado de pensiones, aparece la relación de pagos realizados por el actor, los cuales se encuentran actualizados en el reporte de semanas cotizadas, lo que permite inferir que la demandada ha actuado correctamente.

De igual forma, señaló que el demandante perdió la calidad de beneficiario del régimen subsidiado, al haber interrumpido por cuatro meses el pago de aportes, tal y como lo describe el literal e) del artículo 1º del Decreto 2414 de 1998, derogado por el Decreto 3771 de 2007, circunstancia que obligaba a la entidad pensional a devolver los subsidios recibidos por sistema de solidaridad pensional, hecho que se evidencia del reporte de semanas cotizadas, pues allí se evidencia que Colpensiones reintegró estos valores al Estado. De acuerdo con ello, y el accionante al no cancelar los aportes de cotizaciones que le correspondía, impiden que él se valga de estos tiempos para adquirir el derecho pensional.

RECURSO DE APELACIÓN

El señor **EFRAÍN TARAZONA DUARTE** impetró recurso de apelación, con la finalidad que de revocar en su integridad la sentencias proferida por el a quo, debido a que si le asiste razón al reconocimiento de la prestación económica de vejez, por cuanto de las historias laborales aportadas, se observa que a corte diciembre de 1994, tenía un total de 929 semanas y a corte del 31 de julio de 1999 contaba con 992.86 semanas, elementos que permiten demostrar que las 154 semanas discutidas dentro proceso efectivamente fueron aportadas, en consecuencia se cumple con el requisito de densidad de semanas, dado que al sumar estas se cuenta con más de 1.000 semana cotizadas, por lo tanto, al haber cumplido los 60 años de edad el 18 de octubre de 2001, le asiste derecho al reconocimiento pensión vejez, como beneficiario del régimen de transición vía Acuerdo 049 de 1990.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación presentado por Efraín Tarazona Duarte.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a lo expuesto en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, **i)** si hay lugar a computar en la historia laboral del actor, los tiempos en los cuales él estuvo afiliado al Fondo de Solidaridad Pensional – Programa Subsidio al Aporte en Pensión, esto es desde el 1 de junio de 1998 al 25 de mayo de 2001; y **ii)** si tiene derecho a la pensión de vejez con fundamento en el Acuerdo 049 de 1990.

En el presente asunto no es materia de discusión: **i)** que el señor Efraín Tarazona Duarte nació el 18 de octubre de 1941, por lo tanto, los 60 años de edad fueron cumplidos el mismo día y mes del año 2001(f°. 19 exp. físico); **ii)** que se afilió al ISS donde aportó desde el 01 de agosto de 1968 hasta el 31 de enero de 1999, un total de 929,86 semanas (f°. 20, 21 y 41 exp. físico); **iii)** que el accionante es beneficiario del régimen de transición en razón a su edad; y **iv)** que estuvo afiliado al Fondo de Solidaridad Pensional – Programa al Aporte en Pensión, en el grupo poblacional trabajador independiente urbano, entre el 1 de junio de 1998 al 25 de mayo de 2001 (f°. 27 exp. físico).

RÉGIMEN DE TRANSICIÓN

A pesar de no ser este asunto objeto de controversia, resulta imperante para esta Sala de Decisión señalar que, conforme lo dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, para ser beneficiario del régimen de transición en el caso de los hombres debía contar para el 1° de abril de 1994, con 40 o más años de edad, o 15 o más años de servicios cotizados. Cumplidos los requisitos señalados, el afiliado tendrá derecho a la pensión de vejez cuando cumplan la edad y el tiempo de servicios o el número de semanas establecidas en el régimen que se venía aplicando con anterioridad al 1° de abril de 1994, el cual para el caso concreto es el dispuesto en el Acuerdo 049 de 1990. Dicho lo anterior, y conforme a la copia de la cédula de ciudadanía del demandante y que obra a folio 19 del expediente, se tiene que nació el **18 de octubre de 1941**, por lo que al 1° de abril de 1994, contaba con 52 años de edad cumplidos, reuniendo así los requisitos del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Ahora bien, no hay lugar a ahondar en el estudio de la incidencia del Acto Legislativo 01 de 2005, sobre la aspiración pensional del demandante, en la medida que, conforme los planteamientos esbozados en el escrito genitor, la causación del derecho pensional se genera a partir del cumplimiento de la edad, la cual acaeció el 18 de octubre de 2001, es decir ante la expedición de la reforma constitucional.

RECONOCIMIENTO DE SEMANAS

Siendo el punto de discusión el número de semanas cotizadas en toda la vida laboral por el señor Efraín Tarazona Duarte, se deberá determinar si hay lugar a computar en su historia laboral, los tiempos en los cuales figura como afiliado al Fondo de Solidaridad Pensional – Programa Subsidio al Aporte en Pensión, como quiera que este extremo procesal, ha señalado en su libelo introductorio que, los periodos comprendido entre el 1 de junio de 1998 al 25 de mayo de 2001, tiempo en el cual estuvo afiliado a dicho fondo, no se encuentra reflejado en su historia laboral y tampoco ha sido reconocido por Colpensiones.

Al respecto, se observa por esta colegiatura, de la historia laboral actualizada a marzo de 2021, aportada al expediente (f°. 41 exp. físico), que entre el 01 de junio de 1998 al 25 de mayo de 2001, se registra en el reporte detallado de cotizaciones la anotación «*Valor del subsidio devuelto al Estado por Decreto 3771*».

Teniendo en cuenta lo anterior, se establecerá si efectivamente el promotor de la contienda, como beneficiario del programa del subsidio al aporte en pensión, efectuó aportes al sistema general de seguridad social en pensiones para los ciclos junio de 1998 a mayo de 2001.

Conforme fue advertido de manera pretérita, la certificación expedida por el Gerente de la Regional Nororiente del Consorcio Colombia Mayor 2013, da cuenta que el señor Efraín Tarazona Duarte estuvo afiliado al Fondo de Solidaridad Pensional – Programa al Aporte en Pensión, en el grupo poblacional trabajador independiente urbano, entre el 1 de junio de 1998 al 25 de mayo de 2001 (f°. 27 exp. físico).

En los términos del artículo 26 de la Ley 100 de 1993, el Fondo de Solidaridad Pensional tiene por objeto subsidiar los aportes al Régimen General de Pensiones de los trabajadores asalariados o independientes del sector rural y urbano que carezcan de suficientes recursos para efectuar la totalidad del aporte.

Asimismo, tenemos que la norma en comento indica que el subsidio se concederá parcialmente para reemplazar los aportes del empleador y del trabajador o de este último en caso de que tenga la calidad de trabajador independiente, hasta por un salario mínimo como base de cotización.

En efecto, de conformidad con el artículo 6 del Decreto 1858 de 1995, modificado por el 9 del Decreto 1156 de 1996, norma vigente para la época en que se desarrollan los hechos objetos de estudio, establecía que los afiliados al régimen subsidiado de pensiones se asimilan a trabajadores independientes, siendo ello así,

tenemos que el obligado a realizar las cotizaciones no es otro que el propio trabajador, debiendo entonces efectuar sus aportes con anticipación al período cubierto con dicho pago.

Sobre el particular, resulta pertinente traer a colación la sentencia CSJ SL3838-2020 de la Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Laboral, en donde se expresó:

Al respecto, importa recordar lo adoctrinado por esta Sala de la Corte en el sentido de que --en tratándose de trabajadores independientes--, el pago de la cotización es exclusivamente de su resorte y, además, en estos eventos, la ley no establece acción de cobro alguna a favor de las entidades administradoras para procurar el recaudo de lo no pagado. En tal sentido, así el trabajador independiente, no reciba una sanción, su incumplimiento se va a ver reflejado, negativamente, en el interés de obtener rápidamente el objetivo primordial de tales aportes, esto es, el reconocimiento pensional o, en otros términos, el incumplimiento va a postergar el derecho del trabajador independiente de recibir su prestación pensional, tal y como lo adujo el Tribunal en su fallo.

Así lo enseñó esta Sala, por ejemplo, en sentencia del 5 de diciembre de 2006, radicación 26728, reiterada en la SL573-2013:

Es que, frente al criterio actual del legislador, el efectuar las cotizaciones necesarias para acceder a la pensión de vejez constituye para el trabajador independiente un 'imperativo de su propio interés', de manera que, el retardo en la aportación del mínimo de las cotizaciones exigidas por el sistema pensional, lo que hace es dilatar en el tiempo el reconocimiento de la prestación perseguida y, en situaciones extremas, el dejar de aportar al sistema ese número mínimo, imposibilita el nacimiento del derecho perseguido.

Siguiendo este mismo derrotero, tenemos entonces que no ha sido demostrado por el accionante que durante el interregno comprendidos entre el 1 de junio de 1998 hasta el 25 de mayo de 2001, el señor Efraín Tarazona Duarte, pese a ser parte del programa de Subsidio al Aporte en Pensiones, hubiese efectuado el pago de las respectivas cotizaciones que se encontraban a su cargo, pues debemos recordar que el Fondo de Solidaridad cotiza cada mes al administrador del régimen de prima media de acuerdo con el porcentaje del subsidio establecido para cada grupo poblacional, quedando en cabeza del beneficiario la obligación de consignar en una entidad bancaria el porcentaje restante de la cotización.

PENSIÓN DE VEJEZ - ACUERDO 049 DE 1990

Así las cosas, el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, establece que para acceder a la pensión de vejez en el caso de los hombres debía acreditar 60 años de edad y un mínimo de quinientas (500) semanas de cotización pagadas durante los últimos veinte (20) años anteriores al cumplimiento de las edades mínimas, o haber acreditado un número de un mil (1.000) semanas de cotización, sufragadas en cualquier tiempo.

En el sub examine, se tiene que el actor cumplió los **60 años de edad el 18 de octubre de 2001**; es decir, antes de la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, por lo que se procede a verificar si para dicha data reunía los requisitos del mencionado Acuerdo, dado que era beneficiario del régimen de transición dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993; en este orden, al verificarse las semanas cotizadas durante los **20 años anteriores al cumplimiento de la edad**, esto es, del **18 de octubre de 1996 al 18 de octubre de 2001**, se observa que acreditó un total de **42.57** semanas. De igual forma, cabe señalar que tampoco fue acreditado **1.000 semanas en cualquier época**, debido a que el afiliado en su historia laboral acredita una densidad de semanas equivalente a **963.29**, de manera que no reunió los requisitos dispuestos en dicha normatividad.

Entonces, al no acreditarse cotizaciones por los ciclos junio de 1998 a mayo de 2001, al señor Efraín Tarazona Duarte, le corresponde asumir las consecuencias de su omisión, resultando entonces forzoso concluir que no le asiste derecho a la pensión reclamada, como quiera que no cuenta con la densidad de semanas necesarias y dispuestas en la norma en cita.

Por lo anterior, se deberá confirmar íntegramente la sentencia apelada.

RECONOCIMIENTO PENSIÓN LEY 797 DE 2003

El artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003, establece como requisitos para la pensión de vejez los siguientes:

ARTÍCULO 33. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN DE VEJEZ. <Artículo modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003. Para obtener la Pensión de Vejez. Para tener el derecho a la Pensión de Vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones:

1. Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer o sesenta (60) años si es hombre.

A partir del 1o. de enero del año 2014 la edad se incrementará a cincuenta y siete (57) años de edad para la mujer, y sesenta y dos (62) años para el hombre.

2. Haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo.

A partir del 1o. de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1o. de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015.

(...)

Al verificar los requisitos exigidos, se tiene que el señor Efraín Tarazona Duarte cumplió los 60 años de edad el 18 de octubre de 2001, momento para el cual debía haber acreditado 1,000 semanas de cotización, contando para dicha data con 963,29 semanas de cotización, con posterioridad al año 2015, debía cumplir como mínimo con

1,300 semanas, evidenciándose que a la fecha el actor no incrementos la densidad de semanas de cotización, lo cual tampoco da lugar al reconocimiento de la prestación bajo dicha disposición normativa.

COSTAS

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

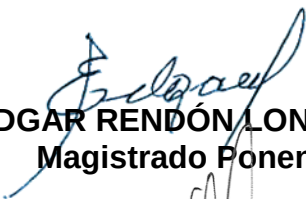
En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Segundo (2º) Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá, el 13 de julio de 2021, por las razones anteriormente expuestas.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante. Se fijan como agencias en derecho la suma de \$580.000.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada


ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

República de Colombia



Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	11001310502720200033101
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	NANCY ZAMBRANO VANEGAS
DEMANDADO	- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES - ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

En Bogotá D. C. a los veintiocho (28) días del mes de abril de dos mil veintitrés (2023), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA:

ANTECEDENTES

La señora **Nancy Zambrano Vanegas** pretende que se **declare** la ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida (en adelante RPM) al de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS), realizado a la AFP Protección S.A. a través de la solicitud de vinculación del 29 de mayo de 2001, debido a que fue inducida en error por parte de los asesores de la mentada AFP, al no ser informada suficiente, veraz e idóneamente sobre las eventuales condiciones pensionales a las que tendría derecho. Igualmente, solicita que se declare que Protección S.A. omitió sus obligaciones y responsabilidades profesionales inherentes a la calidad de entidad profesional. Pretende igualmente que, como consecuencia de la mencionada ineficacia, Colpensiones proceda a recibir a satisfacción la totalidad de los aportes pensionales efectuados al RAIS, sin que Protección S.A. deduzca costo administrativo o de fondo de solidaridad alguno a los aportes objeto de devolución.

De manera subsidiaria, pretende que se declare que no dejó de estar afiliada al RPM, es decir, sin solución de continuidad; que se condene a Protección S.A. a trasladar los valores que tiene en la cuenta ahorro individual a la cuenta del RPM administrado por Colpensiones, junto con los valores de aportes obligatorios, bono pensional, título pensional y los rendimientos, sin deducir los costos de administración y que se condene a Colpensiones a recibir los anteriores valores. Finalmente, requiere que se condene en costas y agencias en derecho del presente proceso.

Como hechos fundamento de las pretensiones (f ° 1 a 23 archivo 1, carpeta 1ª inst. exp. digital) señaló en síntesis, que nació el 07 de junio de 1964; que el 02 de noviembre de 1982, se afilió al RPM hasta el 30 de junio de 2001, cotizando un total de 716 semanas; que en el año 2001 los asesores de Protección S.A. acudieron a las oficinas de su empleador y valiéndose de una asesoría insuficiente, alejada de la realidad y sesgada, en la que se omitieron datos trascendentales como proyecciones pensionales e indicación de las ventajas y desventajas de cada régimen, incitaron a la señora Nancy Zambrano Vanegas a efectuar su traslado a esta entidad el 01 de julio de 2001. Afirmó que, los asesores de Protección S.A. le manifestaron que podía reclamar su bono pensional en cualquier momento, pensionarse de manera anticipada y que obtendría una mesada superior a la que recibiría de quedarse en Colpensiones, sin explicar de manera detallada las condiciones técnicas requeridas para obtener estos beneficios.

Expuso que, a través de escrito del 24 de septiembre de 2020, elevó reclamación administrativa ante Colpensiones encaminada a que se efectuara traslado del RAIS al RPM, la cual fue despachada de manera negativa por esta entidad.

Sostuvo que, Protección S.A. efectuó proyecciones de las mesadas pensionales que obtendría en esta entidad y en Colpensiones, que arrojaron como resultado una mesada pensional de \$877.803 y de \$1.530.506, respectivamente; que de haber conocido tal diferencia al momento del traslado, no lo hubiese efectuado, pues ello le resulta evidentemente lesivo y contrario a sus intereses. Finalmente, sostiene que el Protección S.A. jamás le informó sobre la posibilidad que tenía de retornar a Colpensiones.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (f.º 1 a 42 archivo 09, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que la accionante nació el 07 de junio de 1964; que cotizó en el RPM administrado inicialmente por el ISS desde el 02 de noviembre de 1982, hasta el 30 de junio de 2001, sumando un total de 716 semanas cotizadas; que las administradoras de fondos de pensiones son entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia. Igualmente, aceptó que la demandante le elevó derecho de petición el 14 de agosto de 2020, al cual se le dio respuesta por medio de oficio del 21 de agosto de 2020; que posteriormente, la actora presentó reclamación administrativa requiriendo el traslado al RPM, la cual fue despachada desfavorablemente por esta entidad debido a que la actora no cumplía con los requisitos legales previstos para efectuar el traslado. Respecto de los demás hechos, manifestó no constarle.

Como excepciones de mérito, propuso las de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica.

ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. contestó (f.º 1 a 40 archivo 08 carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. Sobre los hechos, aceptó que la demandante nació el 07 de junio de 1964; que en el año 2001, acudieron a la empresa Eficacia S.A., en la que laboraba la actora, asesores de Protección S.A. con el propósito de adelantar afiliaciones de esta AFP. Igualmente, aceptó que las AFP son entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia. Indicó que, era cierto que la demandante había radicado derecho de petición ante Protección S.A. el 13 de agosto de 2020; que el mismo fue contestado el 28 de agosto de 2020; que efectuó proyecciones de las mesadas pensionales que obtendría en esta entidad y en Colpensiones, que arrojaron como resultado una mesada pensional de \$877.803 y de \$1.530.506, respectivamente. Respecto de los demás hechos, dijo que no eran ciertos

Como excepciones de mérito, propuso las de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, la innominada o genérica, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia

de la afiliación por falta de causa y la de 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.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 30 de junio de 2022 (archivos 18 y 19 carpeta 1ª inst. exp. digital), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de la señora NANCY ZAMBRANO VANEGAS del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad administrado por la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora NANCY ZAMBRANO VANEGAS, como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, frutos e intereses generados en su cuenta de ahorro individual, sin descontar valor alguno por cuotas de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión mínima.

TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES afiliar nuevamente a la señora NANCY ZAMBRANO VANEGAS al Régimen de Prima Media con Prestación Definida y recibir las cotizaciones provenientes de LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A.

CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones formuladas por LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES y LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A.

QUINTO: CONDENAR a la demandada LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. al pago de las costas del proceso en la suma de \$1.000.000 como agencias en derecho

Para **Fundamentar su decisión** sostuvo que en este caso debía partirse de las reglas desarrolladas por la Sala de Casación de Laboral en las sentencias SL, 09 sep. 2008 rad. 31989, SL12133-2014, SL19447- 2017, SL1452-2019, SL1421-2019 y SL1467-2021, entre otras. Como presupuestos fácticos indicó que la señora Nancy Zambrano Vanegas nació el 07 de junio de 1964; que cotizó en el Instituto de Seguro Social 173 semanas entre el 02 de noviembre de 1982, y el 30 de junio de 2001; que la demandante se afilió al RAIS administrado por Protección S.A. el 04 de junio de 2001, a través del diligenciamiento de un formulario y que su ingreso efectivo fue el 01 de julio de 2001. Resaltó que el día 07 de junio de 2011, la AFP realizó una reasesoría pensional.

Expuso que, la AFP Protección S.A. no cumplió con la carga probatoria de acreditar la correcta y completa asesoría en el momento en que la demandante solicitó el traslado, por no obrar en el plenario prueba alguna que acredite que se le hubiese informado sobre los beneficios de trasladarse de régimen y mucho menos sobre sus desventajas. Resaltó la Juez que tal carga demostrativa le correspondía a esta entidad, conforme lo ha dejado claro la línea jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral.

Manifestó que, frente al deber de información de las administradoras, la jurisprudencia ha establecido que el mismo debe garantizar que el afiliado, al momento de trasladarse, exprese un consentimiento informado para tomar una decisión libre y voluntaria. Indicó que esta prerrogativa debe cumplirse con independencia de que el afiliado fuera o no beneficiario del régimen de transición y que, el incumplimiento de este deber genera la ineficacia del traslado, debido a que afecta la validez del acto jurídico de cambio de régimen en sí mismo.

Resaltó que, no se desconoce que en el año 2011 Protección S.A. efectuó una reasesoría a través de la entrega de un documento que contenía una simulación de la mesada pensional que obtendría la demandante en esta entidad; no obstante, anotó que tal comunicado no contenía una suma cierta en la columna de “valor mesada”, pues en ese lugar solo imprimía la convención GPM que podría resultar confusa para la afiliada. Además, manifestó que el escrito no mencionaba las ventajas y desventajas de permanecer en el RAIS y que no había sido oportuno, pues había sido elaborado el mismo 07 de junio de 2011, esto es, cuando la demandante ya contaba con 47 años de edad y se encontraba dentro de la restricción contenida en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003. Por ello, determinó que tal reasesoría no surtía ningún efecto frente a la ineficacia declarada.

Concluyó que, el Protección S.A. incumplió de manera notoria sus obligaciones y vulneró los principios mínimos de transparencia que deben gobernar las afiliaciones a los regímenes pensionales, por lo que, declaró la ineficacia del traslado de la demandante y, en consecuencia, dejó sin efecto alguno su afiliación al RAIS. Adicionalmente, condenó a esa AFP a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiese recibido con ocasión de la afiliación de la actora junto con los frutos e intereses, los rendimientos que se hubiesen causado, sin descontar valor alguno por comisiones y gastos de administración y con cargo a sus propios recursos. Correlativamente, condenó a Colpensiones deberá a afiliar nuevamente a la actora.

Finalmente, sobre la excepción de prescripción señaló que en este caso no opera debido a que los derechos pensionales tienen carácter de imprescriptibles, cuestión que además ya había sido decantada por la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES interpuso recurso de apelación a efectos de que se revoque la decisión con base en los siguientes argumentos: omite tener en cuenta la Juez que, de trasladarse la demandante al RPM, se está pasando por alto la prohibición legal contenida en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003. Indicó que en este caso cualquier vicio del consentimiento se encuentra saneado debido a que la accionante ha decidido voluntariamente permanecer en el RAIS. Alegó que la AFP al momento del traslado cumplió con los requisitos vigentes a la fecha del mismo; que a la actora no se vulnera su derecho a la seguridad social de permanecer en el RAIS porque en todo caso se le garantizaría una pensión y finalmente cuestionó que el A quo no tuvo en cuenta que la alta afluencia de retornos de afiliaciones a Colpensiones está afectando su sostenibilidad financiera.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación presentado por Colpensiones, así como en el grado jurisdiccional de consulta en su favor en lo no apelado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del CPTSS.

PROBLEMA JURÍDICO

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

En el presente asunto no son materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: **i)** que la señora Nancy Zambrano Vanegas nació el 07 de junio de 1964 (f° 27, archivo 01 de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); **ii)** que cotizó en el Instituto de Seguro Social 173 semanas entre el 02 de noviembre de 1982 y el 30 de junio de 2001 (f° 175 a 178, archivo 09 de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); y **iii)** que el 04 de junio de 2001,

solicitó ante Protección S.A. el traslado al RAIS, el cual se hizo efectivo a partir del 01 de julio de 2001 (fº 49 archivo y 56 archivo 08, de la carpeta 1ª inst. exp. Digital)

INEFICACIA DEL TRASLADO

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

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

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

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

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

La Corte Suprema de Justicia Sala Laboral concluyó, que desde su fundación, las AFP tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. Sobre el particular, cabe traer a colación, lo dicho en la sentencia CSJ SL1055-2022, en la que se expuso:

Pues bien, es menester recordar que la Corte ha precisado de manera pacífica y reiterada que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones, se estableció en cabeza de las AFP el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados en forma clara, precisa y oportuna acerca de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas (CSJ: SL12136-2014, SL17595-2017, SL19447-2017, SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689-2019, SL3464- 2019, SL4360-2019, SL2611-2020 y SL4806-2020).

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

Ahora bien, frente al reparo formulado por Colpensiones según el cual para la fecha en que la demandante llevó a cabo el traslado al RAIS, Protección S.A. cumplió con las normas que estaban vigentes respecto del deber de información, esta Sala indica que no está llamado a prosperar, pues, además de lo expuesto por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia CSJ SL1055-2022 citada previamente, lo cierto es que desde el año 1993, se consagró la obligación en cabeza de las administradoras de fondos de pensiones de informar de forma integral y suficiente a los afiliados del sistema, para que estos pudiesen escoger el régimen pensional que les resulte más favorable, conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 -posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003- y el párrafo del artículo 18 del Decreto 656 de 1994. Este último, textualmente establece: *«PARAGRAFO. Los informes sobre modalidades de pensión que suministren las administradoras a los afiliados deberán contener los datos necesarios y suficientes sobre las alternativas existentes, de tal forma que permitan a los afiliados tomar decisiones que consulten sus mejores intereses.»*

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

Así, para la fecha en la que la accionante se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, - **01 de julio de 2001**-la obligación de la AFP se enmarcaba en el primer periodo, según el cual debía entregar información suficiente y transparente que le permitiera elegir *«libre y voluntariamente»* la opción que mejor se ajustara a sus

intereses (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019), conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 -posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003- y el párrafo del artículo 18 del Decreto 656 de 1994, lo cual implicaba la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

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

Resulta pertinente indicar, que ese deber de información debe cumplirse absolutamente siempre, con independencia de si el potencial afiliado es una persona con estudios académicos superiores, como por ejemplo abogado o con cargos laborales directivos o subdirectivos, ya que, esto no implica de ninguna manera que conozca el sistema pensional, configurándose como un afiliado lego en este puntual tema, y la AFP como la experta; y es que no puede ser de otra manera, pues los fondos privados cuentan con una estructura corporativa especializada, experta en la materia y respaldada en complejos equipos actuariales capaces de conocer los detalles de su servicio, lo que las ubica en una posición de preeminencia frente a los usuarios.

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

Además, se pone de presente que la Corte Suprema de Justicia también ha señalado que no basta con la suscripción del formulario de afiliación, para darle plena

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

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

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

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

Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado,

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

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

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

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

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

Por lo tanto, se hace necesario Modificar y Adicionar el numeral segundo de la sentencia de primer grado, en el sentido de **CONDENAR** a la AFP Protección S.A. a trasladar a Colpensiones y esta a su vez a recibir por parte de aquellas, los gastos de administración, las cotizaciones recibidas en su integridad, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, y los rendimientos con las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, más los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual, toda vez que el *a quo* omitió ordenar en su totalidad la devolución de los mismos, como lo dispone la sentencia en cita, pues como se dijo, estos hacen parte de la cuenta de la

demandante y con ellos es claro, que habrá de financiarse las prestaciones a que haya lugar por parte de Colpensiones.

En consecuencia, se confirmará la decisión del *a quo* frente a la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen realizado con fecha de efectividad **01 de julio de 2001**, al RAIS a través de la AFP Protección S.A., con todas las consecuencias jurídicas impuestas en primera instancia.

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

PRESCRIPCIÓN

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

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

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de Colpensiones y la AFP Protección S.A., como quiera que sus recursos de alzas no prosperaron de conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del CGP.

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR Y MODIFICAR EL NUMERAL SEGUNDO de la sentencia consultada, proferida por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de

Bogotá, únicamente en el sentido de **ORDENAR** a la **ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, a trasladar a COLPENSIONES y esta a su vez a recibir por parte de aquella, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados, y con cargo a sus propios recursos, y los rendimientos con las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, más los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual, durante el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a esta administradora. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

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

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de Colpensiones y la AFP Protección S.A. Se fijan como agencias en derecho la suma de \$1.160.000 para cada una.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

República de Colombia



Libertad y Orden

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

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	11001310502820200011101
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	ÓSCAR ESNEYDER CASTIBLANCO RIVERO
DEMANDADO	- SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE – SENA - GENTE ESTRATÉGICA CENTRO DE FORMACIÓN PARA TRABAJO S.A.S. - ALCACHOFAS DEL HUERTO S.A. - SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR

En Bogotá D. C. a los Veintiocho (28) días del mes de abril de dos mil veintitrés (2023), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA:

ANTECEDENTES

Pretende el señor **Oscar Esneyder Castiblanco Rivero** se **declare** la existencia de un contrato de trabajo de aprendizaje desde el 25 de enero de 2017, hasta la fecha, con las demandadas Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA, Gente Estratégica Centro de Formación Para Trabajo S.A.S., Alcachofas del Huerto S.A.; que se les **condene** a pagar sus aportes a seguridad social en pensión; que se condene a la AFP Porvenir a pagar la pensión de invalidez, una vez se realicen las respectivas cotizaciones en pensiones, y a partir del 25 de octubre de 2018, fecha en la que fue estructurada la pérdida de capacidad laboral.

Como hechos fundamento de las pretensiones (fº. 6 a 9, exp. físico), señaló en síntesis, que se vinculó como estudiante aprendiz de técnico de cocina en el SENA, desde el 25 de enero de 2017; que el SENA tiene convenio con la empresa Gente Estratégica Centro de Formación Para Trabajo S.A.S. y con Alcachofas del Huerto

S.A.; que el 25 de enero de 2017, firmó contrato de aprendizaje, el que tenía por objeto que la parte lectiva la realizara con Gente Estratégica Centro de Formación Para Trabajo S.A.S. y la etapa práctica con la sociedad Alcachofas del Huerto S.A.; que el salario estipulado fue el siguiente; en la etapa lectiva, el 50% del salario mínimo legal mensual vigente, y en la etapa de práctica, el 100% de este; que en la cláusula tercera del contrato de aprendizaje, se estableció por parte de las empresas, la obligación de afiliarlo al sistema de seguridad social en salud y riesgos laborales, afiliación que se realizó con Famisanar EPS y Sura ARL, respectivamente; que las demandadas no lo afiliaron al sistema de seguridad social en pensiones; que con anterioridad a la suscripción del contrato de aprendizaje, había cotizado en pensiones con a la AFP Porvenir.

Relató que, en el año 2011, fue diagnosticado con lupus eritematoso sistémico y su EPS realizaba el debido tratamiento; que cumplió adecuadamente con sus actividades de acuerdo al contrato de aprendizaje hasta el mes de julio de 2017, fecha a partir de la cual se le complica su estado de salud; que desde esta data hasta enero de 2019, fue incapacitado por parte de ESP Famisanar; que en el mes de octubre de 2018, se le realizó amputación supracondílea izquierda y cuarto artejo de pie derecho; que el 6 de diciembre de 2018, se le realizó amputación supracondílea de miembro inferior derecho; que el 22 de enero de 2019, presentó eventos cerebrovasculares isquémicos multivaso, infarto lacunares múltiples, con síndrome convulsivo secundario, siendo atendido en la clínica Palermo; que en el mes de enero de 2019, la EPS Famisanar le mencionó que a partir de la fecha, las incapacidades deben ser asumidas por el fondo de pensiones Porvenir; que el día 21 de mayo de 2019, Seguros de vida Alfa S.A. determinó una pérdida de capacidad laboral del 77.56%, de origen común y con fecha de estructuración 25 de octubre de 2018; que al ser reclamados los pagos de la pensión de invalidez ante Porvenir, esta manifiesta que no se han realizado los aportes para pensión por parte del SENA, Alcachofas del Huerto S.A. y Gente Estratégica Centro de Formación Para Trabajo S.A.S.

Sostuvo que, el 16 de julio de 2019 fue hospitalizado, situación que perduró hasta el 29 de agosto de 2019; que a la presentación de esta acción se encuentra hospitalizado en casa; que nació el 22 de agosto de 1992; que fue enviado derecho de petición el 24 de julio de 2019, al SENA, Alcachofas del Huerto S.A. y Gente Estratégica Centro de Formación Para Trabajo S.A.S. el 24 de julio de 2019, en el que se solicitó el pago a la seguridad social; peticiones que fueron negadas el 16 de agosto de 2018, y 2 de septiembre de 2019, por parte de Alcachofas del Huerto S.A. y el SENA respectivamente; que presentó acción de tutela, la que fue conocida por parte del Juzgado 40 Civil del Circuito de Bogotá, quien no amparó sus derechos

fundamentales, providencia que fue confirmada por la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La sociedad **GENTE ESTRATÉGICA CENTRO DE FORMACIÓN PARA TRABAJO S.A.S.** contestó (f° 130 a 144, exp. físico), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que el 25 de enero de 2017, el accionante suscribió contrato de aprendizaje, el que tenía por objeto que la etapa lectiva la realizada con esta sociedad; que el 15 de noviembre de 2019, presentó acción de tutela, la cual correspondió por reparto al Juzgado 40 Civil del Circuito de Bogotá; que la decisión emitida fue impugnada por él. Frente a los restantes supuestos fácticos, dijo no constarle o no ser ciertos. Como excepciones de mérito, propuso las de inexistencia de la obligación, compensación y prescripción.

De otro lado, **ALCACHOFAS DEL HUERTO S.A.** contestó (f° 163, exp. físico), se opuso a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que el demandante se vinculó como estudiante aprendiz de técnico de cocina en el SENA desde el 25 de enero de 2017; que el SENA tiene convenio con esta sociedad; que el 25 de enero de 2017, el accionante suscribió contrato de aprendizaje, el que tenía por objeto que la etapa práctica la realizada con esta sociedad; que el salario estipulado fue de 50% del S.M.L.M.V., para la etapa lectiva y, para la etapa de práctica el 100% de este; que fue establecido en el contrato de aprendizaje la obligación de pagar los aportes a seguridad social en salud y riesgos laborales; que no afilió al accionante en pensiones; que él fue diagnosticado con la enfermedad descrita en la demanda y a causa de ello, estuvo incapacitado entre el julio de 2017, a enero de 2019, le fue realizada amputación en miembros inferiores; que se dictaminó por parte de Seguros de Vida Alfa S.A. un pérdida de capacidad laboral del 77.56% de origen común, con fecha de estructuración 25 de octubre de 2018; que en respuesta al derecho de petición presentado por el demandante, le indicó que la petición de pago de aportes en pensión no era viable, debido a que el contrato de aprendizaje, no era un contrato de trabajo; que el señor Castiblanco presenta acción de tutela, en la que se desestimaron sus pretensiones por parte del Juzgado 40 Civil del Circuito de Bogotá, providencia confirmada por la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá. Frente a los restantes supuestos fácticos, dijo no constarle. Como excepciones de mérito, propuso las de inexistencia de las obligaciones demandadas y falta de legitimación en la causa por pasiva.

A su vez, el **SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE – SENA** contestó (f° 165 , exp. físico), se opuso a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos,

aceptó que el demandante se vinculó como estudiante aprendiz de técnico de cocina en el SENA desde el 25 de enero de 2017; que esta institución cuenta con convenios con las sociedades Gente Estratégica Centro de Formación Para Trabajo S.A.S. y Alcachofas del Huerto S.A.; que el 25 de enero de 2017, el accionante suscribió contrato de aprendizaje y allí se pactó el pago de aportes a seguridad social en salud y riesgos laborales; que en octubre de 2018, le fue realizada amputación supracondílea izquierda y cuarto artejo de pie derecho; que el señor Castiblanco nació el 22 de agosto de 1992; que fue presentado derecho de petición el 26 de julio de 2019, en donde se solicitaba el pago de aportes en pensión, al cual se le dio respuesta el 2 de septiembre de 2019; que el presentó señor Castiblanco presenta acción de tutela, en la que se desestimaron sus pretensiones por parte del Juzgado 40 Civil del Circuito de Bogotá, providencia confirmada por la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá. Frente a los restantes supuestos fácticos, dijo no constarle. Como excepciones de mérito, propuso las de cobro de lo no debido, falta de legitimación por pasiva.

Finalmente, la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR** contestó (f° 167 , exp. físico), se opuso a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que las demandadas no afiliaron en pensiones al actor; que previo a la suscripción del contrato de aprendizaje contaba con cotizaciones en esta AFP; que se dictaminó por parte de Seguros de Vida Alfa S.A. una pérdida de capacidad laboral del 77.56% de origen común, con fecha de estructuración 25 de octubre de 2018; que al momento de efectuarse la reclamación de pago de incapacidades y pensión de invalidez, se indicó que no se habían realizado aportes a pensión por parte del SENA, Gente Estratégica Centro de Formación Para Trabajo S.A.S. y Alcachofas del Huerto S.A. Frente a los restantes supuestos fácticos, dijo no constarle. Como excepciones de mérito, propuso las de falta de causa para pedir, e inexistencia de las obligaciones demandadas, compensación, buena fe de la AFP Porvenir S.A., prescripción y la innominada o genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 9 de julio de 2021 (f° 173 y 174, exp. físico), resolvió:

PRIMERO. DECLARAR PROBADOS los medios exceptivos propuestos por el extremo pasivo que se denominaron: inexistencia de la obligación, falta de causa para pedir y buena fe.

SEGUNDO. En consecuencia, ABSOLVER a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por parte del señor Óscar Esneyder Castiblanco.

TERCERO. Sin costas en esta instancia.

[...]

Para fundamentar su decisión, reseñó como marco normativo los artículos 2.2.6.3.2, 2.2.6.3.4, 2.2.6.3.5 del Decreto 1072 de 2015 y el Acuerdo 007 de 2012, y luego de su lectura, concluyó que el contrato de aprendizaje no era equiparable al de trabajo, debido a que los aprendices del SENA, no son empleados de las empresa, pues ellos únicamente se vinculan con ellas para realizar prácticas, culminar estudios y obtener el certificado en la línea de aprendizaje escogida.

Encontró acreditado que el demandante, en virtud de su contrato de aprendizaje, su etapa lectiva la desarrolló con la empresa Gente Estratégica Centro de Formación Para Trabajo S.A.S. y su etapa practica con la sociedad Alcachofas del Huerto S.A.

Respecto a los pagos a seguridad social, señaló que conforme las normas citadas, los aprendices únicamente son afiliados a la EPS, si están en la etapa lectiva y a la EPS y ARL si están en la etapa productiva, sin que en ningún caso tengan derecho a que se les afilie al sistema en pensión, por cuanto no se trata de un contrato de trabajo, debido que su vinculación se encuentra regida por los artículos 30 y siguientes de la Ley 789 de 2002, y sus Decretos reglamentario 1072 de 2015 y 1334 de 2018, más no por el Código Sustantivo del Trabajo.

Sostuvo que, si bien el artículo 14 de la ley 789 de 2002, establece un régimen especial de aportes para estudiantes menores de 25 años y mayores de 16 años, este precepto es aplicable para una población diferente al de los aprendices del SENA, debido a que ellos, no se encuentran vinculados con contrato de trabajo, sino con contrato de aprendizaje.

Respecto al pago de la pensión de invalidez, expresó que esta resultaba improcedente, en la medida que, si bien el actor contaba con una pérdida de capacidad laboral del 77.56 %, y que su fecha de estructuración fue el 25 de octubre de 2018, conforme los estableció en el dictamen de fecha 21 de mayo de 2019, proferido por Seguros de Vida Alfa S.A., lo cierto es que en los últimos 3 años anteriores a la fecha de estructuración, esto es, entre el 26 de octubre de 2015 y el 25 de octubre de 2018, no cuenta con 50 semanas de cotización, por lo anterior, no se cumple con los requisitos señalados en los artículos 36 y 69 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 860 de 2003.

RECURSO DE APELACIÓN

El señor **ÓSCAR ESNEYDER CASTIBLANCO RIVERO** impetró recurso de apelación, con la finalidad que se revoque en su integridad la sentencia proferida por el a quo, sustenta su apelación en el hecho que lo debatido en el presente caso es un derecho humano, irrenunciable e integral a la seguridad social, con rango constitucional e internacional, por ello, la aplicación de una norma de carácter ordinario, vulnera los derechos fundamentales a una vida digna, a la igualdad y a la seguridad social.

Adicionalmente, acusa a la sentencia apelada de violar el principio de favorabilidad, pues en su concepto se debió realizar una protección especial, debido a que el titular de la acción se encuentra en un estado de indefensión y discapacidad.

Finalmente, se establece que el demandante es joven, por lo que le resulta aplicable el contenido de la Ley 1622 de 2013, debido a que allí se hace un reconocimiento de derechos internacionales de las personas que se encuentran en condición de jóvenes y que tiene por objeto reafirmar los derechos políticos, económico sociales y culturales de esta población.

CONSIDERACIONES

La Sala, en atención al principio de consonancia establecido en el artículo 66-A del CPTSS, resolverá el recurso en estricto sentido a lo que fue materia de alzada, acorde con las inconformidades planteadas por el apelante.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a lo expuesto en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, **i)** si al señor Óscar Esneyder Castiblanco Rivero le asiste derecho a que las codemandadas Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA, Gente Estratégica Centro de Formación Para Trabajo S.A.S. y Alcachofas del Huerto S.A. efectúen el pago de aportes al sistema de seguridad social en pensiones y como consecuencia de ello, y **ii)** si hay lugar a que se le reconozca y pague la pensión de invalidez por parte de Porvenir S.A.

En el presente asunto no es materia de discusión: **i)** que el señor Óscar Esneyder Castiblanco Rivero suscribió contrato de aprendizaje, a partir del 25 de enero de 2017; **ii)** que como consecuencia de ello, la etapa lectiva la desarrolló con la empresa Gente Estratégica Centro de Formación Para Trabajo S.A.S. y la práctica con la sociedad Alcachofas del Huerto S.A., (f° 34 a 36, exp. físico); y **iii)** que el

demandante cuenta con una pérdida de capacidad laboral del 77.56%, catalogada como de origen común, con fecha de estructuración 25 de octubre de 2018 (f° 47 a 48, exp. físico).

APORTES A LA SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN PENSIONES

Con la finalidad de desatar la alzada presentada por la parte demandante, sea lo primero resaltar que, conforme se encuentra consagrado en el artículo 48 de la Carta Política, la seguridad social es un derecho irrenunciable y un servicio público en cabeza del Estado, que debe garantizarse a todas las personas, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, y tiene por finalidad la protección de los distintos riesgo sociales, que para el caso objeto de análisis es el de invalidez.

Adicionalmente, se tiene que en virtud de lo dispuesto en los artículos 13 y 47 del texto constitucional, las personas que se encuentran en condición de discapacidad gozan de especial protección, encontrándose en cabeza del Estados promover condiciones de igualdad real y efectiva entre los afiliados del sistema de seguridad social integral, no por ello, puede accederse de manera automática al reconocimiento de las aspiraciones del accionante, disponiendo el pago de aportes a seguridad social en pensiones, máxime, cuando la génesis de estas reclamación derivan de la existencia de un contrato de aprendizaje regulado por el artículo 30 de la Ley 789 de 2003 y el Decreto 1072 de 2015, en donde específicamente se ha indicado que a los aprendices, únicamente les asiste derecho a que la empresa patrocinadora realice al pago del apoyo de sostenimiento y el de aportes al sistema de seguridad social en salud, cuando el alumno se encuentre en la fase lectiva, y en salud y riesgos laborales, cuando el aprendiz se encuentre en la fase de práctica, tal y como fue dispuesto en el artículo 2.2.6.3.5 del Decreto en mención.

Artículo 2.2.6.3.5. Afiliación al sistema de seguridad social integral. La afiliación de los aprendices alumnos y el pago de aportes se cumplirá plenamente por parte del patro-cinador así:

- 1. Durante las fases lectiva y práctica el aprendiz estará cubierto por el Sistema de Seguridad Social en Salud y la cotización será cubierta plenamente por la empresa patrocinadora, sobre la base de un salario mínimo legal mensual vigente;*
- 2. Durante la fase práctica el aprendiz estará afiliado al Sistema de Riesgos Laborales por la Administradora de Riesgos Laborales, (ARL), que cubre la empresa patrocinadora sobre la base de un salario mínimo legal mensual vigente.*

Cuando las fases lectiva y práctica se realicen en forma simultánea, el aprendiz estará cubierto por salud y riesgos laborales.

De acuerdo con lo anterior, para esta Sala de Decisión, es completamente diáfano que en tratándose del tema objeto de estudio, existe regulación específica, en

donde se ha señalado que, al alumno con contrato de aprendizaje, exclusivamente se le realizan aportes al sistema en la forma mencionada con anterioridad, esto es, en salud y riesgos laborales, dependiente de la fase en la que se encuentre, descartando el pago de aportes en pensión; adicionalmente, se debe hacer hincapié que, conforme lo contemplado en el artículo 15 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 3º de la Ley 797 de 2003, ellos no son afiliados obligatorios al Sistema General de Pensiones, pues esta obligación se contempla únicamente para las personas vinculadas mediante contrato de trabajo o como servidores públicos, así como las personas naturales con contrato de prestación de servicios o cualquier otra modalidad adoptada por los trabajadores independientes, entre otros, sin que allí sean incluidos los aprendices. Al respecto, textualmente la norma indica:

ARTÍCULO 15. AFILIADOS. <Artículo. El nuevo texto es el siguiente:> Serán afiliados al Sistema General de Pensiones:

1. En forma obligatoria: <Ver Jurisprudencia Vigencia> Todas aquellas personas vinculadas mediante contrato de trabajo o como servidores públicos. Así mismo, las personas naturales que presten directamente servicios al Estado o a las entidades o empresas del sector privado, bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios, o cualquier otra modalidad de servicios que adopten, los trabajadores independientes y los grupos de población que por sus características o condiciones socioeconómicas sean elegidos para ser beneficiarios de subsidios a través del Fondo de Solidaridad Pensional, de acuerdo con las disponibilidades presupuestales.

(...)

Siendo ello así, al existir una norma que regula la situación de forma unívoca, y al no haber un dilema interpretativo entre este precepto legal y una norma antagónica, no existe fundamento alguno para que se de aplicación al principio de favorabilidad, en la forma pretendida por la recurrente y mucho menos que a raíz de ello se acceda a la prosperidad de las pretensiones. Sobre este aspecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en la sentencia SL2852-2022, señaló:

Por otro lado, de conformidad a la sentencia CSJ SL2166-2019, allí se razonó que no es pertinente acudir al principio de favorabilidad, previsto en el artículo 53 de la Constitución Política, toda vez que el mismo parte de la existencia de duda en la aplicación e interpretación de la norma, es oportuno indicar que, en el presente caso, existe norma especial que regula los factores salariales de los trabajadores oficiales para acceder a las pensiones de la Ley 171 de 1961. De manera que, al existir un precepto legal vigente que reglamenta la situación de forma unívoca, es el único llamado a definir el asunto.

Ahora bien, aun si en gracia de discusión se admitiera que existe mérito para dar aplicación a este principio, no ha reseñado la impugnante cual es la norma que debe ser aplicada al sub examine, aunado a ello, tampoco resultan aplicables las normas que regulan el pago de aportes a seguridad social propios de un contrato de trabajo,

pues conforme ha sido decantado en el devenir de este juicio, entre las partes no ha existido vínculo de índole laboral.

De otro lado, no existe asidero jurídico para dejar de lado la aplicación del artículo 2.2.6.3.5 del Decreto 1072 de 2015, al caso concreto, como quiera que las pretensiones de la acción ordinaria, no se encuentran orientadas a desconocer el contrato de aprendizaje, por el contrario, solicita que ello sea declarado así, resultando plenamente válido que este tipo de vinculación se encuentre regulado por este postulado normativo, reiterando que el mismo no contempla que los aprendices tengan derecho al pago de aportes en pensión.

Ahora, en cuanto a la aplicación de la Ley 1622 de 2013, resulta claro que, esta tiene por objeto garantizar a la ciudadanía juvenil, el goce efectivo de los derechos reconocidos en el ordenamiento jurídico interno y lo ratificado en los Tratados Internacionales, con la finalidad de fortalecer, entre otras, las condiciones de igualdad de acceso que faciliten su participación e incidencia en la vida social, económica, cultural y democrática del país; a pesar de la anterior consideración, la aplicabilidad de este postulado, en nada enerva los fundamentos de la juez de primer nivel, mucho menos consolidan el derecho pretendido por el promotor de la contienda

En este orden de ideas, deberá confirmarse la sentencia apelada y en tanto, no fue objeto de censura las consideraciones tenidas en cuenta por el para negar el reconocimiento de la pensión de invalidez, en virtud del principio de consonancia, no se efectuará pronunciamiento alguno al respecto.

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo del demandante, como quiera que su recurso de alzada no prosperó.

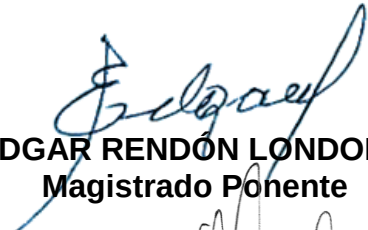
En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá, el 9 de julio de 2021, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo del demandante. Se fijan como agencias en derecho la suma de \$580.000, a favor de cada una de las demandadas.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

República de Colombia



Libertad y Orden

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

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	11001310502920200013102
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	MARTA INÉS FARFÁN RAMÓN
DEMANDADO	- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES - ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. - ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. - SKANDIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS
LLAMADO EN GARANTÍA	- MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.

En Bogotá D. C. a los Veintiocho (28) días del mes de abril de dos mil veintitrés (2023), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA:

ANTECEDENTES

Pretende la señora **Marta Inés Farfán Ramón** se **declare** la ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida (en adelante RPM) al de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS) realizado a través de la AFP Protección S.A., por la omisión del deber de información; que se **declare** la ineficacia de los traslados realizados a Porvenir S.A. y a Old Mutual S.A. – hoy Skandia S.A. - por la omisión del cumplimiento del deber de información; que, en este sentido, se declare que su afiliación al RPM administrado por Colpensiones permaneció incólume y, que, en consecuencia, se declare que Porvenir S.A., Protección S.A. y Old Mutual S.A. deben trasladar a Colpensiones la totalidad de los aportes, rendimientos, bono pensional, semanas de cotización, gastos de administración, así como los demás dineros por ella aportados durante el tiempo de afiliación al RAIS. Solicita que se

ordene su traslado y reafiliación al RMP administrado por Colpensiones, sin solución de continuidad y que se **condene** a Porvenir S.A., Protección S.A. y Old Mutual S.A. a trasladar a Colpensiones la totalidad de los aportes, rendimientos, bono pensional, semanas de cotización, gastos de administración, así como los demás dineros por ella aporados durante el tiempo de afiliación al RAIS, así como al pago de costas y agencias y a lo que resulte probado extra y ultra petita.

Como hechos fundamento de las pretensiones (fº24- 63, archivo 01, primera inst. exp. digital), señaló en síntesis, que un asesor comercial de Cesantías y Pensiones Colmena S.A. hoy Protección S.A. se trasladó a su lugar de trabajo en el mes de septiembre de 1995, y no le informó ningún aspecto general sobre su afiliación o su futuro pensional; que para septiembre de 1995, devengaba 4,5 salarios mínimo; que no tenía el perfil financiero para pertenecer al RAIS; que actualmente tiene un ahorro muy inferior al necesario exigido por las AFP para adquirir la pensión del salario mínimo; que ninguno de estos asuntos ni los demás riesgos de trasladarse al RAIS le fueron informados al momento de efectuar el cambio de régimen, como tampoco se le pusieron las características de este nuevo régimen. Resaltó además que, los asesores le indicaron que el ISS era un sistema inviable que no podría garantizarle el reconocimiento de una pensión y que la indujeron a renunciar, sin saberlo, a tener derecho a una mejor pensión em RPM.

Arguyó que, en febrero de 1997, un asesor de Horizonte Administradora de Pensiones y Cesantías – hoy Porvenir S.A. acudió nuevamente a la empresa en la que laboraba y, sin que mediara información suficiente sobre las características del sistema, las ventajas, desventajas y riesgos de permanecer en él, la indujo a trasladarse a esta AFP.

Expuso que, en junio de 2006, un asesor de Skandia Pensiones y Cesantías S.A. acudieron a su empresa quienes se limitaron a resaltar la rentabilidad de esta AFP, sin que mediara información suficiente sobre las características del sistema, las ventajas, desventajas y riesgos de permanecer en él, la indujo a trasladarse a la misma; que presentó reclamaciones ante Colpensiones, Protección S.A., Porvenir S.A. y Skandia S.A. encaminadas a obtener el traslado de régimen pensional y requiriendo las constancias de las asesorías, solicites estas que fueron despachadas desfavorablemente.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

A **COLPENSIONES** se le tuvo por no contestada la demanda, conforme lo dispuesto en el auto del 11 de junio de 2021, notificado por anotación de estado del 15 de junio de 2021, decisión que fue confirmada por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito de Bogotá en auto del 30 de septiembre de 2021.

PROTECCIÓN S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, contestó (fº 210 a 287 archivo 01, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. Respecto a lo hechos, aceptó la AFP Colmena S.A. fue objeto de cesión por fusión con Protección S.A. la accionante se trasladó del RPM al RAIS con esta AFP; que la demandante para septiembre de 1995, devengaba 4,5 salarios mínimos. Aceptó que la demandante había radicado una reclamación encaminada a obtener el traslado de régimen la cual fue negada. Negó que, a la demandante, al momento del traslado, no se le hubiese suministrado una asesoría adecuada, aclarando que se le explicaron las ventajas, desventajas y características que componían al RAIS, incluyendo así los derechos y obligaciones que la afiliada adquiriría al trasladarse a Protección S.A.

Propuso como excepciones de fondo, las de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del Sistema General De Pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y la innominada o genérica.

La **AFP PORVENIR S.A.**, contestó (fº 01 a 36 archivo 03 carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que la demandante había radicado una reclamación encaminada a obtener el traslado de régimen la cual fue negada y que las AFP Colpatria S.A. y Horizonte S.A. fueron absorbidos por Porvenir S.A. Negó que a la demandante, al momento del traslado, no se le hubiese suministrado una asesoría adecuada, aclarando que se le explicaron las ventajas, desventajas y características que componían al RAIS, incluyendo así los derechos y obligaciones que la afiliada adquiriría al trasladarse a Horizonte, hoy Porvenir S.A.

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

SKANDIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS contestó (fº 2 a 26 archivo 01, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que el 01 de junio de 2006, la demandante suscribió formulario de solicitud de vinculación al Fondo de Pensiones Obligatorias administrado por Skandia S.A. como traslado de la AFP Porvenir S.A. afiliación que se hizo efectiva el 01 de agosto de 2006, la cual se encuentra vigente a la fecha. Indicó que era cierto que la demandante había radicado un derecho de petición y una reclamación, las cuales habían sido contestadas, para el caso de la reclamación, negando el traslado. Negó que la demandante no hubiese recibido una asesoría adecuada. Frente a los demás hechos manifestó no constarles.

Propuso excepciones de fondo, las de Skandia no participó ni intervino en el momento de selección del régimen, la demandante se encuentra inhabilitada para el traslado de régimen en razón de la edad y el tiempo cotizado, ausencia de configuración de causal de nulidad, inexistencia de violación del debido proceso para el momento de la afiliación al RAIS; los supuestos facticos de este proceso no son iguales o similares, ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por la demandante, prescripción buena fe y genérica.

Adicional a lo anterior, se debe indicar que **SKANDIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS**, llamó en garantía a **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.** (f.º 79 a 189, archivo 02 carpeta 1 exp. digital), con fundamento en los contratos de seguro previsional suscritos entre dicha entidad y SKANDIA cuyas vigencias fueron de 2007 a 2018, el que fue admitido por el Juzgado de origen (fº 1-2 archivo 05 carpeta 1 exp. digital).

Una vez notificada esa aseguradora, contestó la demanda señalando que se oponía a las pretensiones de esta y que no le constaba ningún hecho. Frente al llamamiento en garantía, se opuso a la prosperidad de sus pretensiones y como sustento de ello, formuló las excepciones de improcedencia del llamamiento en garantía, inexistencia de consecuencias al asegurador frente al deber de información, improcedencia de devolución de primas por ser plenamente valido el contrato de seguro previsional de invalidez y sobrevivientes documentado bajo las pólizas 9201407000002, 9201411000000 y 9201411900149 con vigencia entre el 1º de enero de 2007, al 31 de diciembre de 2018, y la de inexistencia de obligación legal que impusiera a la aseguradora previsional el asesoramiento en el traslado de régimen pensional.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 2 de junio de 2022 (archivo 29 y 30 carpeta 1ª inst. exp. digital), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado del régimen pensional que hiciera la señora MARTA INÉS FARFÁN RAMÓN identificada con cedula de ciudadanía N. 60'296.359, a COLMENA, S.A. Solicitada el 02 de septiembre de 1995 con fecha de efectividad 01 de octubre de 1995, por los motivos expuestos en esta providencia. En consecuencia, DECLARAR que para todos los efectos legales la afiliada nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y por lo mismo siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.

SEGUNDO: ORDENAR a la SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora MARTA INÉS FARFÁN RAMON, por concepto de cotizaciones y rendimientos, para lo cual se le concede el término de 30 días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta providencia.

TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a recibir de la SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.,, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, por concepto cotizaciones y rendimientos que se hubieren causado y actualizar la historia laboral.

CUARTO: SIN CONDENA en costas.

Para **Fundamentar su decisión** sostuvo que, la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral desde el año 2008, ha fijado una serie de reglas para el estudio de la validez de los traslados de regímenes pensionales, dentro de las cuales ha establecido que la simple firma del formulario de afiliación no es prueba suficiente de un consentimiento informado. Resaltó que la Corte también ha señalado que los llamados a juicio, tienen la carga de la prueba del cumplimiento de deber de información al momento en que se hubiese efectuado el traslado.

Reseñó que, las obligaciones de los fondos de pensiones de cara a los afiliados que pretendan trasladarse, han estado marcadas por tres periodos limitados por cambios normativos que han exigido diferentes deberes en cabeza de estas entidades. Manifestó que, en el primer periodo que va desde la expedición de la Ley 100 de 1993, hasta la extensión de la Ley 1328 de 2009, se exigía a las administradoras el cumplimiento al deber de información que, en voces de la Corte, consistía en la ilustración de las características, condiciones, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que significaba que, al afiliado, por lo menos de manera general, pero clara y precisa, debía explicársele el funcionamiento de cada uno y hacérsele una comparación para que éste entendiese cuáles eran los requisitos para

pensionarse, cuáles eran las modalidades pensionales existentes con el fin de que pudiese optar por el régimen que bajo su juicio le resultara más favorable teniendo en cuenta sus condiciones personales y laborales. Destacó que, la Alta Corporación ha determinado como subregla que a las administradoras de pensiones les corresponde acreditar el cumplimiento del deber de información, toda vez que la alegación de no recibir información corresponde a una negación indefinida, que solo puede desvirtuar el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación.

En lo que tiene que ver con los actos de relacionamiento, sostuvo que la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, ha determinado que una vez verificada la ineficacia del traslado inicial por el incumplimiento de los deberes a cargo de la AFP, los tránsitos posteriores que realice el afiliado entre administradoras del RAIS, no subsanan la ineficacia del traslado originario y que, por tanto, lo que debe analizarse es justamente la validez de tal acto. En efecto, con base en la jurisprudencia de la Corte, determinó que lo que estudiaría era si a la fecha del traslado a Protección S.A. en el año 1995, la demandante recibió de parte de esta entidad una explicación pedagógica sobre las características de cada sistema, las ventajas, desventajas y riesgos de cada uno que le permitieran tomar una decisión informada.

Concluyó que, en este caso, dada la inversión de la carga de la prueba, no se demostró en juicio que al momento del traslado inicial de la demandante, la AFP le hubiese dado la información exigida para que tuviese validez su traslado, pues en expediente solo obra un formulario de afiliación; que conforme lo ha determinado la Corte de manera enfática, no es prueba suficiente de un consentimiento informado. Advirtió que al practicar el interrogatorio de parte la demandante no se obtuvo confesión alguna que denotara que hubiese recibido una información más allá de la mención general de los beneficios del RAIS, lo cual resultaba insuficiente. Por lo expuesto, determinó que procedería a declarar la ineficacia y a ordenar el traslado de los ahorros de la cuenta de ahorro individual, sin que deba transferirse los gastos de administración porque ello no hace parte su cuenta.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES interpuso recurso de apelación parcial en contra de la sentencia de primera instancia únicamente en lo correspondiente al reintegro de los recursos, pues omite tener en cuenta la Juez ante la declaratoria de nulidad y la ineficacia del traslado, las administradoras de fondos privados deben reintegrar la totalidad de gastos de administración, así como recursos de cuenta individual de

ahorro, cuotas abonadas al fondo de garantías de pensión mínima, porcentajes destinados a seguros previsionales.

MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A interpuso recurso de apelación solo a efectos de que se reconozcan costas a favor de esta entidad, debido a que fue vinculada sin ningún fundamento legal y ha incurrido en gastos de defensa y considera que estas se encuentran causadas.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación presentado por Mapfre Colombia Vida Seguros S.A. y Colpensiones, así como en el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última en lo no apelado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del CPTSS.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual que hizo la demandante a través de la AFP Porvenir S.A., y posteriormente a otras AFPs, es ineficaz por falta de información, y si como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a COLPENSIONES los todos aportes realizados por la actora en el RAIS, los gastos de administración, así como recursos de cuenta individual de ahorro, cuotas abonadas al fondo de garantías de pensión mínima, porcentajes destinados a seguros previsionales.

En el presente asunto no es materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: **i)** que la señora Marta Inés Farfán Ramón estaba afiliada a ISS hoy Colpensiones, desde el 06 de diciembre de 1990, hasta el 30 de septiembre de 1995, (archivo Historia Laboral Colpensiones carpeta 23); **ii)** que a través formulario firmado el 02 de septiembre de 1995, solicitó el traslado de régimen pensional a la AFP Colmena S.A. – hoy Protección S.A., el cual se hizo efectivo el 01 de octubre de 1995, (f° 50 -51 archivo 2020-121 carpeta CDSdelExpediente); **iii)** que a través formulario firmado el 28 de febrero de 1997, solicitó el traslado de régimen pensional a la AFP Horizonte – hoy Porvenir S.A., el cual se hizo efectivo el 01 de abril de 1997 (f° 39 -43 archivo 03 carpeta 1° instancia); y **iv)** que a través formulario firmado el 01 de junio de 2006, solicitó el traslado de régimen pensional a AFP Skandia S.A., el cual se hizo efectivo el 01 de agosto de 2006 (f° 43-74 archivo 02 carpeta 1° instancia)

INEFICACIA DEL TRASLADO

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

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

Así mismo, ha indicado la Sala de Casación Laboral de la CSJ que el fondo privado cumple con su deber de información cuando la asesoría brindada para el momento en que el afiliado decide trasladarse contiene una información suficiente, transparente, cierta y oportuna, es decir, cuando se hace una adecuada ilustración sobre las características,

condiciones, consecuencias, riesgos, ventajas y desventajas de la determinación de cambio de régimen pensional, deber que ha existido desde la creación de las sociedades administradoras de fondos de pensiones y cuyo cumplimiento permite que la elección de cualquiera de los regímenes pensionales sea libre y voluntaria conforme lo ordena el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 (CSJ SL755-2022, CSJ SL3349-2021 y CSJ SL1565 - 2022).

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

Concluyó la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral que, desde su fundación, las AFP tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. Sobre el particular, cabe traer a colación, lo dicho en la sentencia CSJ SL4025-2021, en la que se expuso:

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

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

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

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

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

Ahora bien, aun cuando en el expediente obra el formulario de solicitud de afiliación de la AFP Protección S.A. suscrito el 02 de septiembre de 1995, de él solo

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

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

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

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

Tampoco podría sostenerse que al haber realizado el afiliado traslados horizontales de un fondo de pensiones a otro, dentro del mismo régimen –actos de relacionamiento–, es porque conocía a cabalidad las características del RAIS y demuestra su voluntad de permanecer en él, toda vez que lo que se debe verificar en estos eventos, es si al momento de surtirse el cambio inicial de régimen pensional de prima media al RAIS, al asegurado le fue dada la información suficiente para tomar la

decisión de traslado, pues si ello no ocurrió, los actos posteriores no conducen a convalidar tal irregularidad. Así se ha dicho por la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia CSJ SL1055-2022, que en lo pertinente dijo:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Cabe agregar, que por vía jurisprudencial se ha aceptado que los fondos de pensiones también deben devolver a Colpensiones las «*primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos*» (CSJ SL1055-2022, entre muchas otras); como en este caso, ello fue ordenado por el juez de primer nivel, se **confirmará** la decisión de primer grado.

Ahora, no queda duda alguna que dichos valores deben ser indexados, como quiera que, por el transcurso del tiempo, han sufrido pérdida del valor adquisitivo, no siendo viable que Colpensiones deba asumir esta pérdida, de otro lado, pese a que la cuenta de ahorro individual de la actora generó rendimientos, ellos no compensan la devaluación que se pretende proteger con la indexación.

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

En adición, se deberá ordenar a Protección S.A. y a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones y esta a su vez a recibir por parte de aquellas las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, y los rendimientos con las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, más los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., y demás rubros que se hubiesen generado durante la afiliación que tuvo la accionante en estas AFPs.

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

LLAMAMIENTO EN GARANTIA

Se debe precisar que Skandia Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A., en los términos del artículo 64 del C.G.P., realizó el llamado en garantía de Mapfre Colombia Vida Seguros S.A.; no obstante, es evidente que el A quo no impuso condena alguna para la aseguradora, cuestión que no fue objeto de recurso o cuestionamiento alguno, por lo que no es dable efectuar un nuevo análisis sobre si existe alguna obligación de pago o de reembolso de esta compañía.

Sin perjuicio de lo anterior, cabe precisar que, en este caso la Sala encontró necesario adicionar la sentencia para ordenar el reembolso por parte de Skandia S.A. de los dineros que fueron descontados por concepto de primas de seguros previsionales, reembolso que en modo alguno debe ser asumido por la aseguradora, pues esta es ajena a los actos de afiliación y traslado que dieron lugar a la ineficacia que se declara. Sumado a ello, los riesgos asegurados no son otros más que la muerte, invalidez por riesgo común, incapacidad temporal y auxilio funerario, sin que de allí se desprenda que la aseguradora deba garantizar patrimonialmente las obligaciones impuestas en el presente juicio, dado que su responsabilidad se limita únicamente a las coberturas contratadas, esto es frente la invalidez y sobrevivencia, respecto de la afiliación del promotor de la contienda, al fondo de pensiones Skandia.

Ahora bien, en lo que respecta a la condena en costas que esta aseguradora solicitó a cargo de Skandia Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A., encuentra esta Sala que le asiste razón, toda vez que las pretensiones de llamamiento en garantía no tuvieron prosperidad, razón por la cual se revocará la sentencia de primer nivel en este puntual aspecto.

PRESCRIPCIÓN

En cuanto a la excepción de prescripción que propusieron las demandadas, esta Sala ha manifestado reiteradamente que la acción de ineficacia del traslado entre

regímenes pensionales es imprescriptible porque se trata de un estado jurídico que no está sujeto a aquel fenómeno extintivo, a diferencia de lo que sucede con los derechos de crédito (CSJ SL1688-2019, reiterada en CSJ SL4360-2019).

Por otro lado, tenemos que ni los gastos de administración ni los valores por concepto de primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, tampoco son objeto del fenómeno prescriptivo, habida cuenta que estos recursos al contribuir con la financiación y construcción de un derecho pensional tampoco podrían ser objeto de prescripción, aún más, cuando estos recursos constituyen un fondo común de naturaleza pública, que garantiza no solo el pago de las eventuales prestaciones a las que pudiera tener derecho el aquí demandante, sino, el de todos los afiliados del régimen de prima media con prestación definida.

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

COSTAS

Sin costas en esta instancia, dada la prosperidad del recurso de Colpensiones y de la llamada en garantía.

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR Y MODIFICAR EL NUMERAL SEGUNDO de la sentencia consultada, proferida por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de **ORDENAR** a **SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** a trasladar a COLPENSIONES y esta a su vez a recibir por parte de aquella, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados, y con cargo a sus propios recursos, y los rendimientos con las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, más los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., y demás rubros que posea el accionante en su cuenta de ahorro individual, durante el tiempo en que el demandante estuvo afiliado a estas administradoras. Al momento de cumplirse esta

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

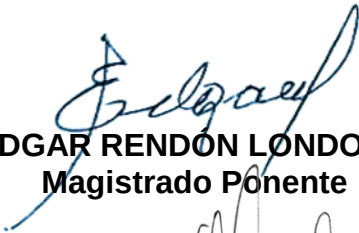
SEGUNDO: ORDENAR a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIA PROTECCIÓN S.A.** y a **ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** a trasladar a Colpensiones y esta a su vez a recibir por parte de aquellas las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, y los rendimientos con las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, más los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., y demás rubros que se hubiesen generado durante la afiliación que tuvo la accionante en estas AFPs.

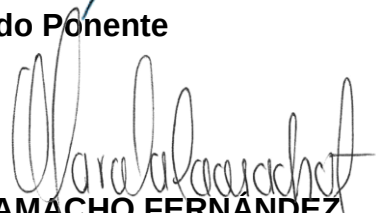
TERCERO: REVOCAR el numeral **CUARTO**, de la sentencia de primera instancia, para en su lugar **CONDENAR en COSTAS** a **SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** y a favor de la llamada en garantía MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., de conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del CGP. Tásense en \$1.160.000.

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

QUINTO: SIN COSTAS.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente


DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada


ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

República de Colombia



Libertad y Orden

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

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	11001310502920210000301
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	ARTURO POLO EGEA
DEMANDADO	- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES - ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

En Bogotá D. C. a los veintiocho (28) días del mes de abril de dos mil veintitrés (2023), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA:

ANTECEDENTES

El señor **Arturo Polo Egea** pretende que se **declare** la nulidad del traslado del régimen de prima media con prestación definida (en adelante RPM) al de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS), realizado a la AFP Porvenir S.A. y, como consecuencia de ello, se ordene su traslado al RPM administrado por Colpensiones y se declare que se encuentra afiliado a este último régimen. Igualmente, el demandante solicita que se ordene a Porvenir S.A. trasladar a Colpensiones la totalidad de los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación y la permanencia en dichos fondos tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, los rendimientos y causados hasta la fecha.

Pretende igualmente, que se declare que tiene cumplidos los requisitos de Ley para hacerse acreedor a la pensión vitalicia de vejez; en consecuencia, se condene a Colpensiones al pago de la mentada pensión a partir del momento en que cumple 62 años, de las mesadas pensionales causadas debidamente indemnizadas y de los

intereses moratorios, así como al pago de las costas y agencias en derecho de lo que resulte probado en virtud de sus facultades ultra y extra petita.

Subsidiariamente, solicita que de resultarle más favorable, se declare que tiene derecho a la pensión vitalicia de jubilación por aportes de que trata la Ley 71 de 1988 y, en consecuencia, se condene a Colpensiones al pago de la mentada pensión a partir de la fecha que por ley corresponde a una tasa de remplazo del 75% del IBL, de las mesadas pensionales causadas debidamente indemnizadas y de los intereses moratorios, así como al pago de las costas y agencias en derecho de lo que resulte probado en virtud de sus facultades ultra y extra petita.

Como hechos fundamento de las pretensiones (f °1 a 26 archivo 1, carpeta 1ª inst. exp. digital) señaló en síntesis, que nació el 27 de noviembre de 1957, que es médico de profesión con especialidad en Pediatría; que ha cumplido la edad límite a partir de la cual puede optar por el reconocimiento de la pensión vitalicia de vejez, que ha prestado sus servicios tanto el sector público como al privado, por un período superior a 25 años, contando con un total de 1.409 semanas cotizadas. Afirmó que, el tiempo trabajado no se ve reflejado en la historia laboral de Porvenir S.A. en la que a marzo de 2018, se registran sólo 1.144 semanas, pese a que inició su vida laboral el 02 de diciembre de 1993, en ISS Clínica San Pedro Claver “Servicio de Neonatología hasta la fecha en Clínica Colsubsidio Calle 94 Unidad Cuidados Intensivos. Indicó que para la fecha en que cumplió la edad para pensionarse, esto es, el 27 de noviembre de 2019, tenía 1.357 semanas cotizadas, las cuales no se ven reflejadas en la historia laboral, por lo que les corresponde a las demandadas proceder con el cobro de los aportes adeudados por los empleadores.

Argumentó que, en el año 1999, fue abordado por un asesor comercial de Porvenir S.A., el cual, valiéndose de mentiras y engaños, logró convencerlo de trasladarse a esa AFP, sin comunicarle de manera previa o posterior la información necesaria y requerida que le hubiese permitido discernir sobre la viabilidad y favorabilidad en su traslado, más aun teniendo en cuenta que él desconoce por completo los pormenores, detalles y demás particularidades relacionados con su situación prestacional.

Expuso que, acudió a Porvenir S.A. a averiguar sobre su futura pensión y que se le informó que la misma no correspondería ni al 30% del promedio del salario que percibe mensualmente, por lo que, lo más favorable era pertenecer al RPM. Agregó que ha solicitado por escrito a las entidades demandadas que se le permita regresar a

Colpensiones, quienes han despachado desfavorablemente sus solicitudes. Finalmente, afirmó que se vio obligado a iniciar una acción judicial en contra de Clínica Santa Teresita del Niño Jesús ante la eventualidad de que a la fecha de terminación de su contrato de trabajo este empleador no cancelara a su favor lo que por Ley correspondía.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (f.º 84 a 101 archivo 1, carpeta 1ª inst. exp. digital), contestó (f.º 3 a 15 archivo 005, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. Frente a los hechos, aceptó que el demandante nació el 27 de noviembre de 1957; que a la fecha de la presentación de la acción, este contaba con 63 años; que estuvo afiliado al ISS hoy Colpensiones, desde el 11 de mayo de 1994, hasta el 30 de septiembre de 1999; que el señor Arturo Polo presentó ante las demandadas solicitudes con el fin de que se declarara que estaba afiliado al RPM y el reconocimiento de la pensión en este régimen.

Aclaró que, al estar el demandante afiliado válidamente a Porvenir S.A. era esta entidad la responsable de verificar lo dicho por el actor frente a los aportes dejados de cancelar por los empleadores y que, en este sentido, dicha administradora deberá realizar las gestiones de cobro. A su vez, indicó que no era cierto que Colpensiones no hubiese dado respuesta a los requerimientos formulados por el demandante y, además, indicó que no era procedente aceptar u ordenar su traslado debido a que no cumplía con los requisitos previstos en el artículo 13 de la Ley 80 de 1993 modificado por la Ley 797 de 2003.

Formuló como excepciones de fondo, las de prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de reunir los requisitos legales, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, cobro de lo no debido, buena fe, imposibilidad de condena en costas y declaratoria de otras excepciones.

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** no contestó la demanda conforme lo advirtió la Juez en auto del 19 de noviembre de 2021, notificado en anotación de estado No. 203 del 22 de noviembre del mismo año.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 17 de mayo de 2022 (archivos 16 y 17 carpeta 1ª inst. exp. digital), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado del régimen pensional que hiciere el señor ARTURO POLO EGEA identificado (a) con la C.C. N. 73.070.227 de CARTAGENA, a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., 21 de octubre de 1999 con fecha de efectividad 01 de noviembre de 1999, por los motivos expuestos en esta providencia. En consecuencia, DECLARAR que para todos los efectos legales el afiliado nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y por lo mismo siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.

SEGUNDO: ORDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del señor ARTURO POLO EGEA, por concepto de cotizaciones y rendimientos, para lo cual se le concede el término de 30 días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta providencia.

TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, a recibir de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, por concepto cotizaciones y rendimientos que se hubieren causado y actualizar la historia laboral.

CUARTO: ORDENAR la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, que una vez actualizada la historia laboral del demandante proceda al estudio del reconocimiento y pago de la pensión de vejez del demandante.

QUINTO: SIN CONDENA en costas.

Para **Fundamentar su decisión** sostuvo que, la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral desde el año 2008, ha fijado una serie de reglas para el estudio de la validez de los traslados de regímenes pensionales, dentro de las cuales ha establecido que la simple firma del formulario de afiliación no es prueba suficiente de un consentimiento informado. Resaltó que la Corte también ha señalado que los llamados a juicio, tienen la carga de la prueba del cumplimiento de deber de información al momento en que se hubiese efectuado el traslado.

Reseñó que, las obligaciones de los fondos de pensiones de cara a los afiliados que pretendan trasladarse, han estado marcadas por tres periodos limitados por cambios normativos que han exigido diferentes deberes en cabeza de estas entidades. Manifestó que, en el primer periodo que va desde la expedición de la Ley 100 de 1993, hasta la extensión de la Ley 1328 de 2009, se exigía a las administradoras el cumplimiento al deber de información que, en voces de la Corte, consistía en la ilustración de las características, condiciones, efectos y riesgos de cada uno de los

regímenes pensionales, lo que significaba que al afiliado por lo menos de manera general, pero clara y precisa, debía explicársele el funcionamiento de cada uno y hacérsele una comparación para que éste entendiese cuáles eran los requisitos para pensionarse, cuáles eran las modalidades pensionales existentes con el fin de que pudiese optar por el régimen que bajo su juicio le resultara más favorable teniendo en cuenta sus condiciones personales y laborales. Destacó que, la Alta Corporación ha determinado como subregla que a las administradoras de pensiones les corresponde acreditar el cumplimiento del deber de información, toda vez que la alegación de no recibir información corresponde a una negación indefinida, que solo puede desvirtuar el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación.

Dijo que, en este caso, dada la inversión de la carga de la prueba, no se demostró en juicio que al momento de la afiliación del señor Arturo Polo Egea, la AFP le hubiese dado la información exigida para que tuviese validez su traslado, pues en expediente solo obra un formulario de afiliación, que, conforme lo ha determinado la Corte de manera enfática, no es prueba suficiente de un consentimiento informado. Advirtió que al practicar el interrogatorio de parte al demandante no se obtuvo confesión alguna que denotara que hubiese recibido una información más allá de la mención general de los beneficios del RAIS, lo cual resultaba insuficiente.

En lo que tiene que ver con el reconocimiento de la pensión solicitada, consideró que no era dable entrar a estudiar dicho reconocimiento, debido a que no obraba en el plenario, historia laboral actualizada para poder determinar el número real de semanas cotizadas, así como tampoco el ingreso base de cotización, información indispensable para el examen de los requisitos contenidos en la en la Ley 100 de 1993. En consecuencia, determinó que se abstendría de estudiar la pensión, pero que procedería a ordenar a Colpensiones la actualización de la historia la normal y posterior estudio del reconocimiento de la pensión de vejez.

RECURSO DE APELACIÓN

El **DEMANDANTE** interpuso recurso de apelación a efectos de que se revocara parcialmente la sentencia, indicando que la Juez omitió tener en cuenta que Colpensiones es la entidad que debe actualizar la historia laboral del demandante y que ello no es su carga.

COLPENSIONES interpuso recurso de apelación a efectos de que se revoque la decisión sosteniendo que la Juez exige de Porvenir S.A. obligaciones que no

estaban vigentes para la fecha de la solicitud de traslado, momento en el que solo bastaba con la aceptación espontánea y libre del afiliado a través de la impresión de la firma en el formulario de afiliación. Resaltó que no hubo vicio de consentimiento, pues no se demostró que el demandante hubiese sido constreñido. Alegó que, en la providencia de manera contradictoria se indicó que la historia laboral del demandante no estaba actualizada, pero le impone la obligación a Colpensiones de reconocer la pensión de vejez, cuando debió haber condicionado el pago y el reconocimiento al estudio de los requisitos de Ley.

PORVENIR S.A. interpuso recurso de apelación a efectos de que se revoque la decisión argumentando que la Juez no tuvo en cuenta que en el caso no existe prueba de un vicio en el consentimiento, el cual, de existir, en todo caso ya fue subsanado con el hecho de que el demandante decidió permanecer en el RAIS por más de 20 años. Indicó que no se tuvo en cuenta que para la fecha en que se llevó a cabo el traslado no existía ni siquiera una expectativa del actor relacionada con la obtención de una pensión, pues apenas había empezado a cotizar. Resaltó que tampoco se encuentra demostrado vicio del consentimiento alguno.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación presentado por el demandante, la AFP Porvenir S.A. y Colpensiones, así como en el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última entidad en lo no apelado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del CPTSS.

PROBLEMA JURÍDICO

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

En el presente asunto no son materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: *i)* que el señor Arturo Polo Egea nació el 27 de noviembre de 1957 (f° 30, archivo 01 de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); *ii)* que estuvo vinculado al RPM con el ISS desde el 11 de mayo de 1994, hasta el 30 de septiembre de 1999, contando con

un total de 80,71 semanas cotizadas (f° 1-5, archivo 006 de la carpeta 1ª inst. exp. Digital y *iii*) que el 21 de octubre de 1999, siendo efectivo el 01 de noviembre de 1999, solicitó ante Porvenir S.A. el traslado al RAIS (f° 127 archivo 01, de la carpeta 1ª inst. exp. Digital)

INEFICACIA DEL TRASLADO

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

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

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

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

La Corte Suprema de Justicia Sala Laboral concluyó, desde su fundación, las AFP tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. Sobre el particular, cabe traer a colación, lo dicho en la sentencia CSJ SL1055-2022, en la que se expuso:

Pues bien, es menester recordar que la Corte ha precisado de manera pacífica y reiterada que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones, se estableció en cabeza de las AFP el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados en forma clara, precisa y oportuna acerca de las características de cada uno

de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas (CSJ: SL12136-2014, SL17595-2017, SL19447-2017, SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689-2019, SL3464- 2019, SL4360-2019, SL2611-2020 y SL4806-2020).

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

Ahora bien, frente al reparo formulado por Colpensiones según el cual para la fecha en que el demandante llevó a cabo el traslado al RAIS no le era exigible a esta administradora suministrar la información con el detalle que se requiere actualmente ni tampoco dejar constancia de ello, esta Sala indica que no está llamado a prosperar, pues, además de lo expuesto por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia CSJ SL1055-2022 citada previamente, lo cierto es que desde el año 1993, se consagró la obligación en cabeza de las administradoras de fondos de pensiones de informar de forma integral y suficiente a los afiliados del sistema, para que estos pudiesen escoger el régimen pensional que les resulte más favorable, conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 -posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003- y el parágrafo del artículo 18 del Decreto 656 de 1994. Este último, textualmente establece: *«PARAGRAFO. Los informes sobre modalidades de pensión que suministren las administradoras a los afiliados deberán contener los datos necesarios y suficientes sobre las alternativas existentes, de tal forma que permitan a los afiliados tomar decisiones que consulten sus mejores intereses.»*

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

Así, para la fecha en la que el accionante se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, - **01 de noviembre de 1999**-la obligación de la AFP se enmarcaba en el primer periodo, según el cual debía entregar información suficiente y transparente que le permitiera elegir «*libre y voluntariamente*» la opción que mejor se ajustara a sus intereses (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019), conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 -posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003- y el párrafo del artículo 18 del Decreto 656 de 1994, lo cual implicaba la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

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

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

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

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

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

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

Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020 y CSJ SL4811-2020). (Subrayadas fuera del texto original).

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

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

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

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

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

En consecuencia, se confirmará la decisión del *a quo* frente a la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen realizado con fecha de efectividad **01 de noviembre**

de 2006, al RAIS a través de la AFP Porvenir S.A., con todas las consecuencias jurídicas impuestas en primera instancia.

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

PRESCRIPCIÓN

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

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

PENSIÓN DE VEJEZ

Pretende el demandante se reconozca su pensión de vejez. Para dar respuesta a este punto, se hace necesario verificar el cumplimiento de los requisitos para acceder a esta prestación, bajo los postulados normativos señalados en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el 9º de la Ley 797 de 2003, siendo pertinente citar está en su tenor literal:

ARTÍCULO 33. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN DE VEJEZ. <Artículo modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003. Para tener el derecho a la Pensión de Vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones:

1. Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer o sesenta (60) años si es hombre.

A partir del 1o. de enero del año 2014 la edad se incrementará a cincuenta y siete (57) años de edad para la mujer, y sesenta y dos (62) años para el hombre.

2. Haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo.

A partir del 1o. de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1o. de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015.

(...)

Al verificar los requisitos exigidos, se tiene que el señor Arturo Polo Egea nació el 27 de noviembre de 1957 (f° 30, archivo 01 de la carpeta 1ª inst. exp. Digital) de modo que cumplió los 62 años de edad el mismo día y mes del año 2019, data última para la cual debía acreditar 1.300 semanas para acceder a su derecho pensional. Sobre el particular, advierte la Sala que obra en el expediente historia laboral expedida por Porvenir S.A. (f° 31-52, archivo 01 de la carpeta 1ª inst. exp. Digital) y por Colpensiones (f° 1-5, archivo 006 de la carpeta 1ª inst. exp. Digital), en la que se identifican 80,71 y 1.144 semanas cotizadas en cada entidad, respectivamente, para un total de 1.224,71 semanas, de manera que no se ha demostrado que el demandante cumpliera con el requisito de semanas de cotización.

Encuentra además esta Corporación que la historia laboral que obra en el plenario no refleja el estado de cotización actual del actor, pues el documento expedido por cada entidad, data para el caso de Colpensiones, del 03 de junio de 2015 y para el caso Porvenir S.A., del 09 de marzo de 2018. En efecto, para esta Corporación no existe claridad respecto de las semanas cotizadas por el actor y, en todo caso, las pruebas obrantes en el expediente no logran demostrar el cumplimiento de los requisitos previstos en la norma previamente citada. Tampoco halla esta Sala la constancia de los supuestos tiempos laborados por el demandante que presuntamente no fueron han sido tenidos en cuenta en su historia laboral. En consecuencia, considera la Sala que la decisión de la Juez sobre la imposibilidad de reconocer la pensión de vejez resulta acertada, de modo que le corresponderá a Colpensiones efectuar el estudio del cumplimiento de los requisitos para el reconocimiento de la pensión una vez reciba los aportes y determine las semanas cotizadas por el actor.

Ahora bien, con relación al cuestionamiento efectuado por el demandante según el cual la Juez omitió tener en cuenta que Colpensiones es la llamada a actualizar la historia laboral y no él, debe indicarse que no es de recibo dicho argumento, por cuanto conforme al artículo 167 del CGP, le corresponde a la parte que pretende un derecho la carga de la prueba de demostrar el mismo; y sin bien el documento proviene de la llamada a juicio, bien pudo el interesado solicitarlo oportunamente para anexarlo al escrito genitor de esta acción, con el fin de acreditar la existencia del derecho reclamado.

Tampoco se acreditó que las administradoras de fondos de pensiones no han tenido en cuenta en su cotización todos los períodos por él laborados o que tiene más semanas de las que reflejan las historias laborales que permitan sostener categóricamente que cumple los requisitos para acceder a la pensión deprecada.

Finalmente, frente al reparo formulado por Colpensiones según el cual la decisión de la Juez resultaba contradictoria por cuanto obligaba a esta entidad reconocer la pensión sin efectuar estudio alguno, se indica que no tiene asidero en la medida en que el A quo de manera clara ordenó fue el «**estudio**» del reconocimiento de la mentada prestación económica; es decir, al examen de la historia laboral con el fin de establecer si el afiliado cumple los requisitos legales para acceder a la pensión reclamada, como se desprende de la providencia atacada.

COSTAS

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

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

RESUELVE:

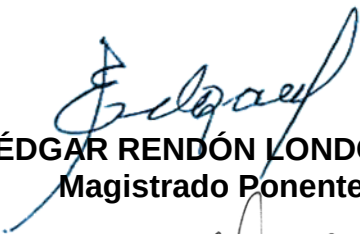
PRIMERO: ADICIONAR Y MODIFICAR EL NUMERAL SEGUNDO de la sentencia consultada, proferida por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, únicamente en el sentido de **ORDENAR** a la **ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, a trasladar a COLPENSIONES y esta a su vez a recibir por parte de aquella, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados, y con cargo a sus propios recursos, y los rendimientos con las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, más los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., y demás rubros que posea el accionante en su cuenta de ahorro individual, durante el tiempo en que el demandante estuvo afiliado a estas administradoras. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus

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

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

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo del demandante, de Colpensiones y de la AFP Porvenir S.A. Se fijan como agencias en derecho la suma de \$580.000 a cargo del actor y, en \$1.160.000 para Colpensiones y de la AFP Porvenir S.A. para cada una.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

República de Colombia



Libertad y Orden

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

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	110013105030201900611-01
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	GILMA CARVAJAL DE VELANDIA
DEMANDANDO	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES

En Bogotá D. C. a los veintiocho (28) días del mes de abril de dos mil veintitrés (2023), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA:

ANTECEDENTES

Pretenden la señora **Gilma Carvajal de Velandia** se condene a Colpensiones al reconocimiento y pago de la sustitución pensional en su favor, en condición de compañera permanente supérstite del pensionado Héctor Velandia Acero, a las mesadas causadas desde el 20 de julio de 2018, a la indexación de las condenas y a las costas del proceso.

Como hechos fundamento de las pretensiones (f.º 25-29 exp. físico), señaló que mediante Resolución 7799 del 23 de agosto de 1993, el ISS le reconoció pensión de vejez al señor Héctor Velandia Acero; que el pensionado falleció el 20 de julio de 2018;

que el señor Velandia y ella contrajeron matrimonio el 15 de agosto de 1957, y de esa unión procrearon tres hijos todos mayores de edad; que mediante sentencia del 12 de agosto de 1992, el Juzgado 20 de Familia de Bogotá declaró la separación de cuerpos, y mediante escritura pública 5077 de 10 de agosto de 1992 de la Notaría Sexta del Círculo de Bogotá se disolvió y liquidó la sociedad conyugal.

Narró que, ella y el señor Velandia decidieron convivir nuevamente en unión marital de hecho desde el día 15 de junio de 2010, y hasta el día en que el pensionado falleció, unión que se mantuvo de manera continua e ininterrumpida; que dicha unión fue declarada mediante escritura pública 2311 del 25 de junio de 2014, ante la Notaría Segunda del Círculo de Fusagasugá; que como compañeros permanentes adquirieron una casa ubicada en la Calle 23B# 71ª-39 en Fusagasugá la cual dejaron a nombre de sus hijos, y que fue en esa inmueble donde convivieron hasta la muerte del señor Velandia.

Expuso que, dependía económicamente de su compañero el *de cujus*, por lo que reclamó ante Colpensiones la sustitución pensional, pero que esa entidad negó la petición, quedando agotada la reclamación administrativa.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

La Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones contestó la demanda (f.º 34-39 exp. Físico), oponiéndose a las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos aceptó que el causante era pensionado por el riesgo de vejez, la fecha del deceso del señor Velandia, la separación de cuerpos y la disolución y liquidación de la sociedad conyugal de la pareja Velandia –Carvajal, y que negó la sustitución pensional solicitada por la actora; frente a los demás, indicó que no le constaban por corresponder a circunstancias personales del afiliado. Aclaró que, la actora no había acreditado convivencia con el fallecido durante los último cinco años anteriores a su deceso.

En su defensa propuso como excepciones de fondo las de, prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe y la innominada o genérica.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 15 de abril de 2021 (archivo 57-59 exp. Físico), resolvió:

RIMERO: DECLARASE que la señora GILMA CARVAJAL DE VELANDIA, identificada con C.C. No.29.103.919 de Cali Valle, en su condición de compañera permanente, tiene derecho a la pensión de sobrevivientes causada con ocasión del fallecimiento del señor HÉCTOR VELANDIA ACERO, quien se identificaba con C.C. No.1.043.207, a partir del 20 de julio de 2018 en cuantía equivalente al 100% de la pensión reconocida al causante en la Resolución No.7799 de 1993, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: CONDÉNESE a la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes a favor de la señora GILMA CARVAJAL DE VELANDIA en cuantía mensual de \$781.242 M/CTE más los reajustes de orden legal, prestación causada a partir del 20 de julio de 2018, reconociendo 14 mesadas anuales, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia, mesada pensional que para el año 2021 asciende a la suma de \$908.526, equivalente al salario mínimo legal mensual vigente.

TERCERO: CONDÉNESE a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES a pagar a la señora GILMA CARVAJAL DE VELANDIA por concepto de retroactivo pensional causado entre el 20 de julio de 2018 al 31 de marzo de 2021 por 14 mesadas al año, la cantidad de \$32.155.262, de acuerdo a lo indicado en la parte motiva.

CUARTO: CONDÉNESE a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES a indexar el retroactivo pensional reconocido en el numeral anterior, a partir de que la primera mesada aquí reconocida se hizo exigible hasta que se haga efectivo su pago, conforme a lo expuesto.

QUINTO: DECLÁRENSE no probadas las excepciones planteadas por Colpensiones, conforme a lo expuesto.

SEXTO: CONDENESE en costas a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES. Líquidense por secretaria e inclúyanse como agencias en derecho a favor de la demandante la suma de UN MILLON QUINIENTOS MIL PESOS M/CTE (\$1'500.000).

(...)

Fundamentó su decisión, en que, en el proceso se encontraba probado mediante el registro civil de matrimonio que la demandante y el causante contrajeron nupcias el 15 de agosto de 1957, en el cual tiene nota marginal de separación de cuerpos, disolución y liquidación de la sociedad conyugal; y que mediante escritura pública 2311 del 25 de junio de 2014, de la Notaría Segunda de Fusagasugá se declaró la existencia de una unión marital de hecho entre Héctor Velandia Acero y Gilma Carvajal de Velandia, y se estipuló que entre ellos existe una comunidad de vida permanente y singular desde el 15 de junio de 2010.

Agregó que en el proceso se habían practicado el testimonio de Carmen Julia Prada de Rojas, Pablo Enrique Piñeros Pinzón, Gladys Velandia Carvajal y el interrogatorio de parte de la actora. Gladys Velandia Carvajal indicó que era la hija de la accionante y causante, y que vivía con ellos, que su separación fue en el año 1992; que iniciaron convivencia nuevamente en el año 2007 o 2008; que durante el tiempo de separación el causante estuvo en Boyacá de donde era oriundo y que no le conocieron otra pareja; que Carmen Julia Prada de Rojas y Pablo Enrique Piñeros Pinzón manifestaron que eran sus vecinos en Fusagasugá; que vieron a la pareja Velandia Carvajal compartir el mismo lugar de residencia; que tenían una comunidad de vida; que respecto de la declaración de parte solo aplicaría los efectos de la confesión respecto de la fecha de separación 1992.

Señaló que, el señor Velandia y la señora Carvajal en efecto tuvieron un vínculo matrimonial, pero fue terminado y por ello se disolvió y liquidó la sociedad conyugal; que hubo una separación de la pareja por más de 15 años, pero también existió una nueva relación que inició por lo menos 5 años antes de la fecha de fallecimiento del pensionado, para lo cual además de los testimonios hizo referencia a la escritura pública 2311 del 25 de junio de 2014, de la Notaría Segunda de Fusagasugá donde se declaró la existencia de una unión marital de hecho entre ellos desde el 15 de junio de 2010, unión que tuvo vocación de permanencia, de vida en común y para colaborarse mutuamente desde el punto de vista afectivo, sostenimiento económico, necesidades biológicas de las personas, etcétera, en sus últimos años de vida.

Concluyó que, la demandante había acreditado los requisitos exigidos en el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, para ser beneficiaria de la pensión de sobrevivientes en calidad de compañera permanente del pensionado Héctor Velandia Acero, pues probó que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte, por espacio superior a cinco (5) años continuos con anterioridad a su deceso, en consecuencia, condenaría a Colpensiones a pagar el 100% de la prestación que venía siendo reconocida al *de cujus* a partir del 20 de julio de 2018, que lo era de un (1) SMMLV en 14 mesadas pensionales, y señaló que las mesadas adeudadas debían ser indexadas desde su causación hasta que se haga efectivo su pago.

Finalmente, indicó que no había operado el fenómeno de la prescripción dado que el señor Velandia había fallecido el 20 de julio de 2018, la demandante había reclamado la prestación ante Colpensiones el 30 de agosto de igual año, pero que esa entidad mediante Resolución SUB 262478 del 05 de octubre de la misma anualidad, negó el derecho, decisión que fue confirmada en Resolución SUB 324885 del 17 de diciembre de 2018, y DIR 21907 del 20 de diciembre de 2018, en la que se resolvieron los recursos de reposición y apelación respectivamente, y que finalmente el 2 de septiembre de 2019, interpuso esta acción.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión **Colpensiones** interpuso recurso de apelación, argumentando que la demandante no había acreditado la unión marital de hecho con el causante con posterioridad a la separación de cuerpos registrada en 1992, ya que de acuerdo con la investigación administrativa realizada por Colpensiones se concluyó que la señora Carvajal no convivió con el causante en los último 5 años anteriores al deceso del pensionado. Agregó que, si bien los testigos informaron sobre la convivencia de la pareja, estos serán de oídas o en algunos eventos no recordaban la información, que ellos no manifestaron haber entrado a la vivienda y haber visto con sus propios ojos que la señora Carvajal y el señor Velandia convivieran como pareja.

Expuso que, la única que da fe en verdad de la convivencia como pareja es la hija de ambos, testimonio al que se le propuso tacha por ser de primer grado de consanguinidad y por ello quizás quiera favorecer a su madre para que reciba una mesada pensional.

Solicitó que, se analicen en detalle los testimonios, ya que estos posiblemente fueron inducidos. Añade que si bien el actor en el año 2008 regresó a vivir con la demandante los testigos daban fe de que él ya estaba enfermo de cáncer de colon, y que retornó fue por su estado de salud, el que finalmente lo llevó a su deceso.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación presentado por Colpensiones, así como en el grado jurisdiccional de consulta en su favor en lo no apelado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del CPTSS.

En el presente asunto no es materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: **i)** que el señor Héctor Velandia Acero falleció el 20 de julio de 2018 (f.º 11); **ii)** que el ISS hoy Colpensiones mediante Resolución 7799 de 1993, le reconoció pensión de vejez a partir del 30 de septiembre de esa anualidad (exp. Adm CD f.º 50); **iii)** que contrajo matrimonio con la demandante el 15 de agosto de 1957 (f.º 12), y según el registro civil de matrimonio en su nota marginal la sociedad conyugal fue disuelta y liquidada mediante escritura pública 5077 de 10 de agosto de 1992, de la Notaría Sexta del Círculo de Bogotá y mediante sentencia del 12 de agosto de 1992, el Juzgado 20 de Familia de Bogotá declaró la separación de cuerpos; y **iv)** que la actora el 30 de agosto de 2018, solicitó la pensión de sobrevivientes del causante en calidad de compañera permanente, pero que Colpensiones negó el derecho mediante Resolución SUB 262478 del 05 de octubre de igual año, decisión que fue confirmada a través de las Resoluciones SUB 324885 del 17 de diciembre de 2018, y DIR 21907 del 20 de diciembre de 2018, en la que se resolvieron los recursos de reposición y apelación respectivamente.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los antecedentes dados, procede esta Sala a determinar, si el afiliado fallecido Héctor Velandia Acero dejó causado el derecho a la pensión de sobrevivientes, en caso afirmativo, se analizará si la demandante acredita los requisitos para ser su beneficiaria.

PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES

Empieza la sala por referir que tratándose de pensión de sobrevivientes la norma aplicable es la vigente a la fecha de fallecimiento del afiliado o pensionado, que para el caso concreto, tuvo ocurrencia el 20 de julio de 2018, es así como, bajo tal entendido la disposición que en principio gobierna tal situación pensional, es el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 12 de Ley 797 de 2003, que puntualmente establece:

*ARTÍCULO 46. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES.
Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:*

1. Los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca y, (Negrilla fuera del texto original)

(...)

Dado que es un hecho indiscutido que el causante desde el 30 de septiembre de 1993 ostentaba la calidad de pensionado por parte de Colpensiones, surge palmario que dejó causado el derecho a la pensión de sobrevivientes.

En cuanto a los beneficiarios de la pensión bajo análisis, tenemos que el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, respecto de la cónyuge e hijos, señaló:

ARTÍCULO 47. Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte;

b) En forma temporal, el cónyuge o la compañera permanente superviviente, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga menos de 30 años de edad, y no haya procreado hijos con este. La pensión temporal se pagará mientras el beneficiario viva y tendrá una duración máxima de 20 años. En este caso, el beneficiario deberá cotizar al sistema para obtener su propia pensión, con cargo a dicha pensión. Si tiene hijos con el causante aplicará el literal a).

(...)

Respecto de los requisitos exigidos a la cónyuge o compañera permanente en sentencia CSJ SL1905-2021, en la cual se analizó el literal a) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, se indicó que no era posible inferir que en tratándose de la muerte de un afiliado, el legislador hubiese exigido un tiempo mínimo de convivencia de 5 años, por manera que ese interregno temporal solamente resultaba necesario acreditarlo en caso del deceso de un pensionado. En dicha providencia se sostuvo:

El precedente de la Sala de Casación Laboral fijó entonces como regla, que la redacción del literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, que modificó el art. 47 de la Ley 100 de 1993, prescribió un tiempo mínimo de convivencia de 5 años, únicamente exigible al caso en que la pensión de sobrevivientes se cause por muerte del pensionado.

Entonces, quien pretenda ser beneficiaria en calidad de cónyuge o compañera permanente debe acreditar además de dicha calidad, una convivencia real y efectiva con el pensionado de no menos de cinco (5) años ininterrumpidos, inmediatamente anteriores al deceso del causante.

Recordemos que la convivencia real y efectiva que se debe probar corresponde a una comunidad de vida, con el propósito de contribuir al crecimiento personal, profesional y social común e individual de la pareja, compartir todas las vicisitudes de la vida como lo son los logros y fracasos, brindarse respeto, ayuda mutua, solidaridad, apoyo económico, asistencia solidaria, acompañamiento espiritual, asuntos propios de una vida en pareja con vocación de permanencia.

Si bien es un hecho indiscutido que la pareja Velandia Carvajal contrajo matrimonio religioso el 15 de agosto de 1957, también lo es que la sociedad conyugal fue disuelta y liquidada mediante escritura pública 5077 de 10 de agosto de 1992, de la

Notaría Sexta del Círculo de Bogotá y mediante sentencia del 12 de agosto de 1992, el Juzgado 20 de Familia de Bogotá declaró la separación de cuerpos, y no se le puede tener como cónyuge supérstite del causante.

Ahora bien indica la demandante que a partir del 15 de junio de 2010, se dio inicio a una unión marital de hecho entre ellos dos, porque decidieron volver a vivir juntos como pareja hasta cuando el señor Velandia Falleció; que de esta situación ambos plasmaron su voluntad en la escritura pública 2311 del 25 de junio de 2014, ante la Notaría Segunda del Círculo de Fusagasugá, en la que declararon que entre ellos dos existía una comunidad de vida permanente y singular desde el 15 de junio de 2010, y que vivían en la Calle 23B# 71^a-39 de Fusagasugá.

De lo anterior, si bien esta jurisdicción ha afirmado que el concepto de familia que protege la seguridad social difiere del concepto de unión marital de hecho de la Ley 54 de 1990, ya que no se trata de un estado civil de las personas sino de una garantía inherente al ser humano dada la naturaleza de fundamentales e irrenunciables que se reconoce a estos derechos en el artículo 48 de la Constitución Política, y que por ello para acreditar esa cohabitación permanente, no hay exigencia de tarifa legal en materia probatoria, en este caso, dicha declaración ofrece credibilidad respecto de una real y permanente comunidad de vida entre estos.

Sumado a lo anterior, la testigo Gladys Velandia Carvajal -nació 03/03/1960- es hija del causante y de la demandante, manifestó que sus padres se casaron en 1957, tuvieron tres hijos y convivieron hasta 1992, que sus padres retomaron convivencia a finales del año 2008, que durante la separación el señor Héctor vivió solo en Duitama de donde es oriundo y en Paipa, que compraron una casa en Fusagasugá y allí vivían sus dos padres, ella y su hijo, que la convivencia entre sus padres fue amorosa, y cordial, que ellos compartían techo, lecho y cama, que tenían su propia habitación, que el señor Velandia empezó a sentir síntomas de la enfermedad cáncer de colon más o menos en 2016, y falleció de eso el 20 de julio de 2018 en la casa en Fusa.

La testigo Carmen Julia Prada de Rojas vecina y amiga de la demandante y del fallecido en Fusagasugá desde el año 2008, informó que Gilma y Héctor eran pareja, eran esposos; que a ella le contaron que eran casados, que no le consta que ellos hubiesen estado separados porque siempre los vio juntos ahí en la casa, que eran vecinos y se veían todos los días; que de vez en cuando los visitaba; que el señor Héctor falleció en su casa el 20 de julio de 2018.

El testigo Pablo Enrique Piñeros Pinzón residente en Fusagasugá desde hacía 12 años, indicó que conoció a la señora Gilma y al señor Héctor cuando ellos compraron la casa de al lado y llegaron a vivir allí en compañía también de su hija y un nieto; que cuando Héctor llegó a Fusa ya era pensionado; que se hicieron amigos y se visitaban mutuamente; que la señora Gilma y al señor Héctor eran esposos y siempre vivieron juntos; que su esposa siempre lo acompañaba; que a él *«un cáncer se lo llevó»*, murió en su casa el 20 de julio de 2018.

Por último, se observa que se realizó interrogatorio de parte a la demandante - nació el 12/10/1939- quien manifestó que se dedica del hogar; que actualmente vive 15 días en Bogotá y 15 en Fusagasugá; que se casó con el señor Héctor en 1957, y se separaron en 1992, más o menos por tres años que no recuerda muy bien; que cuando el volvió le pidió perdón y que quería regresar con ella, entonces volvieron a compartir techo, lecho y mesa; que en un inicio estaba alentado, pero que empezó a sufrir de un dolor de estómago, que fueron al médico le realizaron exámenes y le encontraron un cáncer de colon y de eso murió en su casa en Fusa el 20 de julio no recuerda el año.

De lo hasta aquí referido, advierte la Sala que entre el señor Héctor Velandia y la señora Gilma Carvajal desde el año 2008, existía una real y efectiva convivencia, con el propósito de contribuir al crecimiento personal, social, común e individual de la pareja, compartir todas las vicisitudes de la vida que se presentaban a esas edades -él 76 años y ella 69 años-, brindarse respeto, ayuda mutua, solidaridad, apoyo económico, asistencia solidaria, acompañamiento espiritual, asuntos propios de una vida en pareja con vocación de permanencia, pues se evidencia que con sus ahorros compraron una casa en Fusagasugá a donde se fueron a vivir juntos, donde sus vecinos los

referenciaban como esposos como una pareja que se acompañaban, y que ella estuvo ahí para él en el momento de la enfermedad apoyándolo hasta su muerte.

Ahora bien, solicitó el apoderado de Colpensiones se revisara con detalle el testimonio de Gladys Velandia Carvajal por ser la hija del causante y de la demandante, pues considera que su versión puede estar encaminada a beneficiar a su madre; no obstante, esta Sala al oír todos los testimonios, advierte que este corresponde a la realidad en el sentido que es acorde con el de los demás deponentes, pues todos incluso este, refieren que el señor Velandia y la demandante desde el 2008, se comportaban como una pareja esposos que convivía juntos y se apoyaban mutuamente; que llegaron a vivir a Fusagasugá donde el señor Velandia enfermó y murió.

De otro lado, el recurso de alzada también se fundó en que en la investigación administrativa realizada por Colpensiones se concluyó que la señora Carvajal no convivió con el causante en los último 5 años anteriores al deceso del pensionado; así, al revisar el expediente administrativo se encontró el informe de la investigación realizada por el Consorcio Cosinte-RM entre el 3 y el 14 de diciembre de 2018, en la cual se indica que se entrevistó a la actora pero que no recuerda muchas cosas de su vida, por lo que se tomó la declaración de su hija Gladys Velandia, persona que informó que sus padres se casaron en 1957, que se separaron en 1992, por problemas familiares y que *«por quebrantos de salud del causante vieron la necesidad de velar por su bienestar desde el año 2010 quien se radicó en el barrio Ciudad Jardín en casa de su madre pero no sostenían ningún tipo de relación sentimental entre ello»*; que también entrevistaron a: i) Belisario Velandia Acero hermano del pensionado y Zenaida Velandia Castro sobrina del causante, indicaron que después de la separación entre Gilma y Héctor, él volvió a vivir con ella pero por problemas de salud y no sostenían ningún vínculo sentimental; ii) Pablo Enrique Piñero Pinzón y Margarita Garzón Gómez vecinos de la pareja en Fusagasugá indicaron que desconocía la relación de ellos aunque siempre los veía juntos y en la misma casa.

De este informe de la investigación administrativa, esta Sala no puede concluir que entre la pareja Velandia Carvajal no hubiese existido una convivencia real y efectiva,

ya que este documento no contiene las versiones dadas por las personas entrevistadas, y no se citó de forma textual lo por ellos afirmado, por lo que lo allí plasmado corresponde a conclusiones de quien rindió el informe, razón por la cual esta Sala dará mayor fuerza de persuasión a las documentales y testimoniales atrás analizadas, esto de conformidad con lo dispuesto en el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

En consecuencia, dado que la demandante acreditó la calidad de beneficiaria de la pensión de sobrevivientes del pensionado Héctor Velandia Acero, se confirmará la decisión de primera instancia.

COSTAS

COSTAS en esta instancia a cargo de Colpensiones como quiera que su recurso de alzada no prosperó de conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del CGP.

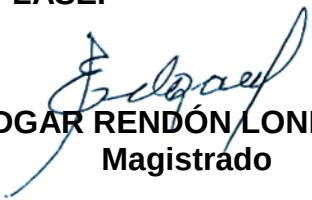
En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

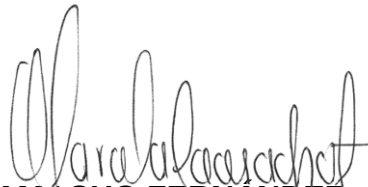
RESUELVE

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

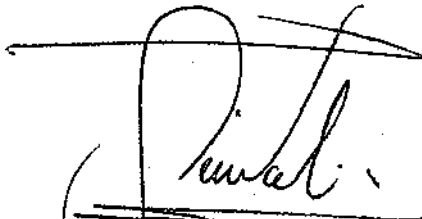
SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de Colpensiones. Se fijan como agencias en derecho la suma de \$1.160.000.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

República de Colombia



Libertad y Orden

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

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	110013105030201900752-01
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	RAUL ÁLVARO MÉNDEZ COCA
DEMANDANDO	- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES - ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

En Bogotá D. C. a los Veintiocho (28) días del mes de febrero de dos mil veintitrés (2023), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA:

ANTECEDENTES

Pretende el señor **RAUL ÁLVARO MÉNDEZ COCA**, se **declare** la nulidad del traslado del régimen de prima media (en adelante RPM) al de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS) administrado por la AFP Protección realizado en 2006, en consecuencia, se **ordene** a esa AFP trasladar a Colpensiones los aportes y rendimientos acreditados en su cuenta de ahorro individual; se **ordene** a Colpensiones activar su afiliación al RPM; y las costas y agencias en derecho.

Como hechos fundamento de las pretensiones (f.º 56-65 archivo 1, carpeta 1ª inst, exp. Digital), señaló en síntesis, que nació el 7 de noviembre de 1957; que se afilió al ISS donde aportó entre 1985, y 2006 un total de 959,71 semanas; que para el año 2006, cuando ingresó a laborar para Metrobus SA le exigieron la afiliación a la AFP Protección; que allí estaba un asesor de ese fondo quien le informó que al cambiar de administradora su pensión iba a mejorar porque el RAIS tenía mejores condiciones; que teniendo en cuenta la presión de su empleador y las promesas del asesor de Protección en el mes de abril de 2006, firmó el formulario de traspaso de régimen y empezó a cotizar al RAIS con el convencimiento de que tendría una mesada pensional más beneficiosa que en el RPM.

Narró que, el asesor de la AFP no le dio una información veraz, técnica, suficiente, oportuna y adecuada sobre las diferencias entre los dos regímenes pensionales, y no le explicaron las implicaciones de su traslado ni como esa decisión impactaría en el valor de su mesada pensional. Agregó que, en el año 2019, su empleador Metrobus se encontraba en liquidación, y el abogado de esa empresa y algunos compañeros le recomendaron regresar al RPM porque el valor de la mesada allí le sería más cercano a su ingreso salarial; que el 30 de septiembre de 2019, mediante derecho de petición solicitó ante Colpensiones y ante Protección su traslado del RAIS al RPM, pero que ambas entidades negaron lo pretendido.

Expuso que, Protección le realizó una simulación pensional el 8 de octubre de 2019, donde le informó que a sus 62 años de edad su mesada pensional sería de \$826.116, mientras que en el RPM sería de \$2.388.345.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (archivo 03, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. Respecto de los hechos aceptó la fecha de nacimiento del actor, su vinculación al ISS, el derecho de petición radicado el 30 de septiembre de 2019, y la respuesta emitida; frente a los demás, indicó que no le constaban por ser un hecho externo a esa entidad y que debían probarse. Propuso

como excepciones las de, prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe y la innominada o genérica.

La AFP PROTECCIÓN contestó (archivo 08, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. Respecto de los hechos, aceptó la fecha de nacimiento del actor; que se trasladó al RAIS el 29 de marzo de 2006, a través de esa AFP y allí permanece; que radicó petición; que se le realizó una simulación pensional; frente a los demás, indicó que no eran ciertos o que no le constaban por corresponder a un tercero. Aclaró que, el traslado del actor al RAIS se hizo a través de acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo; que en el formulario de afiliación se dejó plasmado que dicho acto se realizó en forma libre y espontánea, solemnizándose de esa forma su vinculación, acto que tenía la naturaleza de un verdadero contrato entre el demandante y la AFP, por virtud del cual se generaron derechos y obligaciones en cabeza tanto del Fondo como del afiliado. Agregó que, ilustró de forma verbal al señor Méndez de manera honesta, objetiva, responsable y clara en relación al sistema general de pensiones y las consecuencias de pertenecer a uno u otro régimen y se le pusieron de presente las diferencias o aspectos comparativos entre uno y otro, así: i) cuenta de ahorro individual vs fondo común; ii) capital acumulado vs requisitos de edad y semanas de cotización; iii) garantía de pensión mínima en RAIS; y iv) devolución de saldos vs indemnización sustitutiva, entre otros aspectos.

Formuló las excepciones de fondo de inexistencia de la obligación, falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y la innominada o genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 07 de febrero de 2022 (archivo 28-29 carpeta 1ª inst. exp. digital), resolvió:

PRIMERO: Declárese ineficaz el traslado de régimen pensional que hizo el demandante señor RAUL ÁLVARO MÉNDEZ COCA, identificado con cédula de ciudadanía No. 19.296.538 de Bogotá, del Régimen De Prima Media Con Prestación Definida administrado por el extinto Instituto de Los Seguros Sociales al Régimen De Ahorro Individual Con Solidaridad administrado por SANTANDER PENSIONES Y CESANTÍAS S.A hoy ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A a partir del 1 de mayo de 2006, conforme a lo expuesto.

SEGUNDO: Declárese válidamente vinculado al demandante señor RAUL ÁLVARO MÉNDEZ COCA del régimen de prima media con prestación definida administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, conforme a lo expuesto.

TERCERO: Condénese a ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. a devolver a COLPENSIONES todos los valores que reposan en la cuenta de ahorro individual del actor, junto a sus rendimientos y los costos cobrados por concepto de administración por el lapso en que permaneció en dicho régimen esto es desde el 1 de mayo de 2006 y hasta que se haga efectivo el traslado, los costos cobrados por administración los cuales deben ser cubiertos con recursos propios del patrimonio de la administradora debidamente indexados.

CUARTO: Ordénese a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a que una vez ingresen los valores de la cuenta de ahorro individual del demandante, actualice la información en su historia laboral, para garantizar el derecho pensional bajo las normas que regulan el Régimen de Prima Media con Prestación definida.

QUINTO: Declárense no probadas las excepciones planteadas por las accionadas, conforme a lo expuesto.

(...)

Fundamentó su decisión, en que se encontraba probado que el demandante nació el 07 de noviembre de 1957; que se afilió al RPM-ISS el 10 de abril de 1978, donde cotizó hasta marzo de 2006, un total de 959,71 semanas; que se trasladó al RAIS a través de la AFP Santander hoy Protección mediante un formulario de afiliación firmado el 29 de marzo de 2006, donde se registró como empleador a Metrobus SA, y que allí a cotizado 678.86 semanas, para un total de 1.646,15 semanas al sistema pensional.

Señaló que, el estudio de este tipo de casos debe abordarse desde el punto de vista de la ineficacia generada por el incumplimiento del deber de información de las AFP, pues estas desde su creación tenían en su cabeza la obligación de documentar clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito (CSJ SL12136-2014).

Expuso que, no podría argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que el traslado de régimen puede tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; de allí que, desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito.

Explicó que, las AFP desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría; que si el afiliado alegaba que 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 (sentencia CSJ SL1688-2019).

Indicó que, en el presente asunto el traslado se realizó el 29 de marzo de 2006, data para la cual estaba vigente el deber de información consagrado en el artículo 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, artículo 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003, por ende, la AFP debía como

mínimo ilustrar al afiliado sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales.

Advirtió que, al plenario se había allegado el formulario de afiliación a Santander donde estaba la firma del actor y una leyenda «*hago constar que la selección del régimen la hago libre y sin presiones*», pero que de este documento no se podía colegir que al demandante se le hubiese proporcionado información suficiente sobre la implicación del cambio de régimen pensional. Señaló que en este caso en especial la AFP debió informarle al actor que si se trasladaba al RAIS no podría regresar al RPM porque el cumplía los 52 años de edad en el año 2009, y como el traslado se efectuó en el 2006, debía tener una permanencia mínima en el RAIS de 5 años, es decir, hasta el 2011, circunstancia que tampoco se probó en este asunto.

Refirió que, aunque Protección alega que en este caso quien hizo incurrir en error al señor Méndez fue su empleador, ello no era de recibo porque los fondos privados al momento de recibir la afiliación tenían la obligación de estudiar cada caso en concreto y establecer si le convenía o no a ese trabajador cambiarse de régimen, pudiendo rechazar la afiliación, y como no lo hizo, debe asumir las consecuencias de la ineficacia del traslado, pues el consentimiento del afiliado no fue informado.

RECURSO DE APELACIÓN

La **AFP PROTECCIÓN** interpuso recurso de apelación argumentando que las consecuencias jurídicas de la ineficacia eran entender que el traslado al RAIS nunca se hizo y que el actor estuvo afiliado al RPM de manera ininterrumpida, por ello debía llegarse a una condena que resulte congruente con lo que se persigue, por ello propone dos panoramas, solicitando se acoja por este Tribunal uno de los dos, así: i) asumir que el traslado es inexistente y por ello son igualmente inexistentes los rendimientos financieros generados en el RAIS porque este es un beneficio exclusivo de este régimen, además de ser un hecho accesorio al principal -la afiliación-, siendo procedente devolver a Colpensiones todos los valores recibidos por cotizaciones de forma íntegra, sin

descuentos de ningún tipo; y *ii*) asumir que el traslado no existió, pero considerando que los rendimientos se hubiesen podido dar en los mismos términos que en el RPM, pues allí se descuentan también unos gastos de administración, por lo que era viable que Protección conservara dicho concepto y trasladara a Colpensiones el capital con sus rendimientos, pero sin gastos de administración, ni ningún otro concepto.

Sostuvo que, los descuentos de los gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafín, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes se hizo con fundamento en la ley y fueron destinados según lo dispuso el legislador; además, estos concepto solventan la prestación por vejez en ninguno de los regímenes, por ello no se estaría causando detrimento ni al demandante ni a Colpensiones, máxime que si se están trasladando los rendimientos, los cuales superan significativamente lo descontado por virtud de la ley; y que por el contrario a esa AFP si se le estaría causando un perjuicio porque esos dineros deben ser pagados con su propio patrimonio, afectando la sostenibilidad fiscal del fondo.

COLPENSIONES sustento su recurso de apelación en que la decisión de instancia iba en contravía del artículo 2 de la Ley 797 de 2003, el artículo 113 de la Ley 100 de 1993, y los preceptos 9, 11, 1509, y 1754 del CC.

Señaló que, el operador judicial no podía imponer a las AFP obligaciones, puntualmente soporte de información que no existía en el ordenamiento legal vigente a la fecha del traslado, porque ello sería violatorio del principio de confianza legítima, debido proceso y de defensa, porque según el artículo 29 de la Constitución Política nadie puede ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa.

Sostuvo que, el actor no cumplió con sus deberes como consumidor financiero, pues tuvo una actitud pasiva, no se informó al momento del traslado de régimen, y tampoco hizo uso del derecho de retracto. Añadió que, no podía alegar que no se le explicaron las características de ambos regímenes pensionales porque estas están previstas en la Ley 100 de 1993 la cual es de alcance nacional e impone su conocimiento

a todos los ciudadanos a partir de su promulgación, por lo que no era dable alegar la ignorancia de la norma para beneficiarse.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación presentado por Protección S.A. y Colpensiones, así como en el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última en lo que no fue objeto de alzada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del CPTSS.

PROBLEMA JURÍDICO

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

En el presente asunto no es materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: *i)* que el señor RAUL ÁLVARO MÉNDEZ COCA nació el 07 de noviembre de 1957; *ii)* que se afilió al ISS donde aportó desde el 10 de abril de 1978, hasta el 31 de marzo de 2006, un total de 959,71 semanas según historia laboral emitida por Colpensiones el 29 de septiembre de 2020 (archivo 4 carpeta 1ª inst. exp. Digital); y *iii)* que el **29 de marzo de 2006** se trasladó al RAIS mediante la suscripción de un formulario con la AFP Santander hoy Protección, el cual se hizo efectivo a partir del 1º de mayo de igual año (f.º 22-23 archivo 08 carpeta 1ª inst. exp. Digital).

INEFICACIA DEL TRASLADO

Ha sostenido la alta Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral, que es a las administradoras de pensiones a quienes les corresponde acreditar el cumplimiento del deber de información, pues exigir al afiliado una prueba del incumplimiento por parte

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

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

En ese sentido, precisó la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia que no puede argüirse que *«existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito»* (CSJ SL12136-2014, CSJ SL1467-2021). Igualmente, resaltó que el Decreto 663 de 1993, *«Estatuto Orgánico del Sistema Financiero»*, aplicable

a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.º del artículo 97, la obligación de las mismas de *«suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado»*, haciendo alusión a la Ley 795 de 2003, *«Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones»*, en la cual se recalca en su artículo 21, ese deber **preexistente** de información a cargo de las AFP, en el sentido que la información suministrada tenía como propósito no solo evaluar las mejores opciones del mercado sino también la de *«poder tomar decisiones informadas»*.

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

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

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

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

2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019, CSJ SL4360-2019, CSJ 2611-2020, CSJ SL4806-2020, entre otras).

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

Así, para la fecha en la que la accionante se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad –**29 de marzo de 2006** -, la obligación de la AFP se enmarcaba en el primer periodo, según el cual debía entregar información suficiente y transparente que le permitiera elegir «*libre y voluntariamente*» la opción que mejor se ajustara a sus intereses (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019), conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 -posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003-, lo cual implicaba la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

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

La AFP Protección, aportó al expediente el formulario de solicitud de afiliación y traslado suscrito el **29 de marzo de 2006**, del cual solo se advierte la fecha de su diligenciamiento, los datos personales y laborales de la accionante, de modo que únicamente da cuenta de una exigencia requerida para el ingreso de un afiliado con la fórmula pre-impresa en la casilla destinada a la firma, sin que del mismo pueda concluirse que la AFP cumplió con el deber de suministrar a la afiliada una ilustración suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna sobre las implicaciones de abandonar el esquema de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras.

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

De otro lado, no podría sostenerse que al haber permanecido la actor en el mismo fondo desde el año 2006, era porque conocía a cabalidad las características del RAIS y demostraba su voluntad de permanecer en él, toda vez que lo que se debe verificar en estos eventos, es si al momento de surtirse el cambio inicial de régimen pensional de prima media al RAIS, al asegurado le fue dada la información suficiente para tomar la decisión de traslado, pues si ello no ocurrió, los actos posteriores no conducen a convalidar tal irregularidad. Así se ha dicho por la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia CSJ SL1055-2022, que en lo pertinente dijo:

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

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

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

Debe hacerse claridad además en que, los fondos privados tienen libertad probatoria para probar que el consentimiento del afiliado vertido en el formulario de afiliación **fue informado**, es decir, puede hacerlo a través de cualquier medio de prueba conforme lo establecido en el Código General del Proceso, por ende, resulta equivocado el argumento de Colpensiones al señalar que a las AFP se les está imponiendo obligaciones que no estaban previstas en el ordenamiento jurídico al momento del traslado, máxime que el deber de información nació desde la creación del RAIS, y era a los fondos privados como expertos en la materia a quienes le correspondía tener los archivos de la documentación soporte del traslado, máxime en este caso, donde el señor Méndez al momento de firmar el formulario de traslado tenía 959,71 semanas cotizadas en el RPM y 48 años de edad, es decir, que su derecho pensional pese a encontrarse en construcción ya estaba bastante avanzado, y por ello el deber de información y el análisis a su caso en particular debía ser mucho más riguroso, pero aquí Protección no demostró siquiera que hubiese entregado información básica.

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

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

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

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

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

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

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

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

Por lo tanto, se hace necesario adicionar la sentencia de primer grado, en el sentido de condenar a la AFP Protección S.A., a pagar con su propio patrimonio, los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados, toda vez que el *a quo* omitió ordenar en su totalidad la devolución de los mismos, como lo dispone la sentencia en cita, pues como se dijo, estos hacen parte de la cuenta del demandante y con ellos es claro, que habrá de financiarse las prestaciones a que haya lugar por parte de Colpensiones.

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

PRESCRIPCIÓN

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

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

COSTAS

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

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR EL NUMERAL TERCERO de la sentencia proferida por el Juzgado 30 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en el sentido de CONDENAR a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, a pagar con su propio patrimonio y trasladar a Colpensiones, los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

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

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de Protección S.A. y Colpensiones. Se fijan como agencias en derecho la suma de \$1.160.000 para cada una.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

República de Colombia



Libertad y Orden

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

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	110013105030202000251-01
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	PEDRO IGNACIO DUARTE PARRA
DEMANDANDO	- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES - ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. - COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S. A

En Bogotá D. C. a los Veintiocho (28) días del mes de febrero de dos mil veintitrés (2023), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA:

ANTECEDENTES

Pretende el señor **PEDRO IGNACIO DUARTE PARRA**, se **declare** la ineficacia del traslado del régimen de prima media (en adelante RPM) al de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS) administrado por la AFP Colpatria hoy Porvenir y posteriormente a Colfondos, por omisión al deber de información. En consecuencia, se **ordene** a Colfondos trasladar a Colpensiones, todos los valores que hubiere recibido en la cuenta de ahorro individual en razón de su afiliación, junto con los rendimientos y gastos de administración, y condenarlo al pago de 50 SMMLV por su conducta

atentatoria contra el derecho pensional; se **ordene** a Colpensiones activar su afiliación al RPM; ultra y extra petita y las costas y agencias en derecho.

Como hechos fundamento de las pretensiones (archivo 1, carpeta 1ª inst, exp. Digital), señaló en síntesis, que se vinculó al ISS, que en febrero de 1995, se trasladó al RAIS a través de la AFP Colpatria hoy Porvenir, la cual no le informó por escrito a su empleador del cambio de administradora de pensiones, que el asesor de ese fondo le indicó que al cambiar de régimen no perdería los beneficios del RPM.

Narró que, posteriormente se trasladó a la AFP Colfondos, donde los asesores insinuaron que le era más beneficiosa permanecer en el RAIS y no retornar al RPM; que no le explicaron los eventuales riesgos del RAIS, ni suministraron información consistente, veraz, objetiva, ni idónea para asumir una determinación objetiva respecto de su futuro pensional; que no le realizaron de ante mano una eventual simulación o comparación del valor de la mesada pensional en ambos regímenes. Agregó que, Colpensiones no realizó ninguna gestión tendiente a desvirtuar lo informado por las AFP, ni le dio ningún tipo de información.

Indicó que, su permanencia en el RAIS: i) lesiona ostensiblemente su derecho a la libre escogencia; ii) es un acto que trasgredió el pleno consentimiento y libre determinación; iii) genera una situación de inconveniencia en el derecho pensional, por cuanto lesionaría la calidad de vida, el derecho a la dignidad humana y su mínimo vital; iv) empobrece su poder adquisitivo pues la pensión que este le reconocería sería muy inferior al que debería recibir en el RPM; v) lesionaría el principio de la irrenunciabilidad de los beneficios laborales. Expuso que, el 21 de julio de 2020, solicitó su desvinculación de Colfondos, y la afiliación a Colpensiones.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (archivo 06, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. Respecto de los hechos, señaló que era cierto que había estado vinculado al RPM y que solicitó afiliación nuevamente a Colpensiones; frente a los demás, indicó que no le constaban por ser un hecho externo

a esa entidad y que debían probarse. Propuso como excepciones las de, prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe y la innominada o genérica.

COLFONDOS contestó (archivo 08, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. Respecto de los hechos, indicó que no eran ciertos o que no le constaban por corresponder a un tercero. Aclaró que, al momento del traslado le dio al actor información suficiente, completa y veraz, sin omitir a la verdad, que le comunicó que el valor real de la pensión sería determinado una vez se cumplieran los requisitos para acceder a la pensión y esta fuese solicitada, pues la misma se calculaba a partir de tres variables: la edad del posible pensionado y su grupo familiar determinando la expectativa de vida de los beneficiarios de la pensión, el capital acumulado a la fecha del cálculo incluyendo aportes obligatorios y voluntarios, rendimientos, el bono pensional si había lugar a él y la tasa de rentabilidad esperada a largo plazo del Fondo Especial de Retiro Programado, siendo la rentabilidad resultado del ejercicio en el mundo financiero, sin que ello implicara riesgo para el afiliado pues la superintendencia financiera en su deber de garante estableció unos topes mínimos de rendimientos por los cuales las AFP deben responder a sus afiliados (artículo 16 decreto 656 de 1994).

Agregó que, entregó información objetiva sobre las características, ventajas y desventajas del RAIS y su comparación con el RPM, entre ellos cálculos comparados que le permitían entender las condiciones pensionales; que el actor decidió trasladarse de manera voluntaria. Formuló las excepciones de fondo de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe y la innominada o genérica.

Mediante auto del 29 de julio de 2021 (archivo 9, carpeta 1ª inst exp. Digital), se le dio por no contestada la demanda a la AFP Porvenir.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 11 de noviembre de 2021 (archivo 12-13 carpeta 1ª inst. exp. digital), resolvió:

PRIMERO: Declárese ineficaz el traslado de régimen pensional que hizo el demandante señor PEDRO IGNACIO DUARTE PARRA del Instituto de los Seguros Sociales, administrador del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A, administrador del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, a partir del mes de febrero del año 1995 conforme a lo expuesto.

SEGUNDO: Declárese válidamente vinculado al demandante señor PEDRO IGNACIO DUARTE PARRA al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, conforme a lo indicado en la parte motiva.

TERCERO: Condénese a COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., a devolver a COLPENSIONES todos los valores de la cuenta de ahorro individual del demandante, junto a sus rendimientos y los costos cobrados por concepto de administración durante el lapso que permaneció en dicho fondo, esto es del 1 de noviembre del año 2009 y hasta cuando se haga efectivo el traslado, los costos cobrados por concepto de administración deben ser cubiertos con recursos propios del patrimonio de la administradora, pero, además, devueltos debidamente indexados.

CUARTO: Condénese a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., a devolver a COLPENSIONES los costos cobrados por concepto de administración por el lapso en que permaneció el demandante en dicha administradora, esto es, desde el mes de febrero del año 1995 hasta octubre de 2009, que deberán ser cubiertos con recursos propios del patrimonio de la administradora, pero también debidamente indexados.

QUINTO: Ordénese a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a que una vez ingresen los valores de la cuenta de ahorro individual del demandante, actualice la información en la historia laboral, para garantizar el derecho pensional bajo las normas que regulan el Régimen de Prima Media con Prestación definida.

SEXTO: Declárense no probadas las excepciones planteadas, conforme a lo expuesto.

(...)

Fundamentó su decisión, en que se encontraba probado que el demandante nació el 17 de septiembre de 1960; que se afilió al RPM-ISS el 15 de mayo de 1979, donde cotizó 316,71 semanas; que se trasladó al RAIS a través de la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A., y allí cotizó desde febrero de 1995 hasta octubre de 2009; que se trasladó a la AFP Colfondos donde aportó desde el mes de noviembre de 2009 hasta la actualidad, acumulando un total de 1.668 semanas cotizadas al sistema pensional; que en el interrogatorio de parte el actor indicó a la mayoría de las preguntas que no le

informaron sobre las características, acceso, y condiciones del RAIS en comparación con el RPM o que no le entregaron documentación del RAIS.

Expuso que, no podría argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que el traslado de régimen puede tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito.

Explicó que, las AFP desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría; que si el afiliado alegaba que 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 (sentencia CSJ SL1688-2019).

Indicó que, en el presente asunto la AFP que realizó el traslado de régimen pensional en 1995, esto es, Colpatria hoy Porvenir no actuó con el cuidado de dar toda la información necesaria para cumplir con la teoría de la voluntad informada, pues este era un tema especialísimo de altos conocimientos que solamente los alcanzan las personas que están dedicadas al oficio de administrar las pensiones.

Advirtió que, en el plenario no se había allegado el formulario de afiliación a Colpatría pero que de los demás documentos si se podía colegir que había existido un traslado del RPM al RAIS, y pese a que los apoderados de Porvenir y Colfondos buscaron en el interrogatorio de parte la confesión, lo único que aceptó el actor era que se había trasladado de forma voluntaria, pero no se logró extraer que le hubiesen dado al momento de la afiliación información clara completa y comprensible sobre las ventajas y desventajas de los dos regímenes pensionales.

Narró que, el demandante se trasladó a la AFP Colfondos el 28 de septiembre de 2009, según formulario firmado por el señor Duarte, donde se encuentran los datos básicos de él. Concluyó que, en el expediente no existía prueba de que el traslado inicial de régimen pensional hubiese sido informado, y que ello tampoco se había cumplido por parte de Colfondos, pues ninguna de las dos AFP probó que hubiese ilustrado sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluía dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales, de ahí que resultaba ineficaz el traslado.

RECURSO DE APELACIÓN

La **AFP PORVENIR** interpuso recurso de apelación argumentando que el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, establecía una sanción cuando se atente o se impida la afiliación de un trabajador, y en este caso no quedó probado que esa entidad hubiese generado la ineficacia, ya que en ningún momento impidió o atentó contra la vinculación del actor, que por el contrario lo que hizo fue brindar una opción diferente ante la crisis financiera y económica por la que estaba pasando el ISS, y el señor Duarte haciendo uso de su libertad de escogencia generó el traslado de régimen de manera libre y voluntaria.

Advirtió que, en este caso el accionante se encontraba inmerso en la prohibición legal de que trata el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, por lo que no era dable que este se escudara en una falta de información únicamente porque su plan de pensión no resultó acorde a sus aspiraciones.

Sostuvo que, el juez de instancia no tuvo en cuenta los actos de relacionamiento realizados desde el año 1995, como por ejemplo permitir los descuentos con destino a ese fondo privado y posteriormente a Colfondos, además que realizó traslados horizontales entre fondos del RAIS lo que convalidó su decisión, pues en ese momento pudo haber regresado al RPM y no lo hizo.

Expuso que, los gastos de administración no forman parte integral de la pensión y, por ende, no corresponde al afiliado en ninguno de los dos regímenes, además que al verificar la naturaleza jurídica de ese concepto encontró que eran dineros que se descontaban de tracto sucesivo o como contraprestación a la labor realizada por la AFP, luego si podían ser afectados por el termino trienal de la prescripción.

Explicó que, retornar esos dineros le genera un grave perjuicio, porque Porvenir absorbió a Colpatria y en ese momento no recibió dineros por cuotas de administración, y por ello no puede retornarlos y menos indexados, pues este último asunto no había sido pretendido en la demanda ni debatido en el proceso. Añadió que tampoco procedía la devolución de la prima de seguros previsionales, porque estos fueron trasladados a una aseguradora para cumplir con el deber contractual de mantener la cobertura de los riesgos de invalidez y muerte durante la afiliación del actor. Indicó que, devolver esos conceptos a Colpensiones era generarle un enriquecimiento sin causa, pues esa entidad no había administrado los recursos del señor Duarte. Solicitó que se revise la condena impuesta en costas y agencias en derecho, pues considera que son excesivas y que no se explicó las razones de su imposición.

COLFONDOS interpuso recurso de apelación de forma parcial frente a los gastos de administración y las costas. Respecto de las costas, señaló que esa condena no se ajusta a la situación fáctica del proceso, porque ella no fue quien generó el cambio de régimen, ni tuvo injerencia en el acto jurídico declarado ineficaz, sumado a la naturaleza del proceso que no conlleva a un desgaste en la justicia, pues su complejidad es media y se resolvió medianamente rápido, pues se evacuó en una sola audiencia.

En cuanto a los gastos de administración, indicó que estos se habían descontado por mandato legal, puntualmente en cumplimiento del artículo 20 de la Ley 100 de 1993, y fueron utilizados en beneficio del afiliado, motivo por el cual se estaría causando un enriquecimiento sin justa causa en favor de Colpensiones y del actor, como quiera que se desconocen las coberturas para los riesgos de invalidez y muerte que este tuvo durante su vinculación a Colfondos. Desconociéndose también el trabajo por ellos realizado al administrar el capital del señor Duarte, que finalmente le generó unos rendimientos que no hubiese tenido en el RPM.

COLPENSIONES sustentó su recurso de apelación en que la decisión de instancia iba en contravía del artículo 2 de la Ley 797 de 2003, el artículo 113 de la Ley 100 de 1993, y los preceptos 9, 11, 1509, y 1754 del CC. Dijo que, debía verificarse que la decisión de instancia porque no se había tenido en cuenta que el demandante estuvo en el RAIS y allí realizó cotizaciones por más de 20 años sin preocuparse por su futuro pensional, y no solicitó a Colpensiones el traslado de régimen antes de cumplir 52 años de edad, por lo que ahora no podía pretender dicho cambio, situación que tampoco debería cambiarse con una sentencia.

CONSIDERACIONES

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

PROBLEMA JURÍDICO

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

En el presente asunto no es materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: **i)** que el señor PEDRO IGNACIO DUARTE PARRA nació el 17 de septiembre de 1960; **ii)** que se afilió al ISS donde aportó desde el 15 de mayo de 1979, hasta el 31 de julio de 1994, un total de 316,71 semanas según historia laboral emitida por Colpensiones el 17 de diciembre de 2020 (f.º 77 archivo 07 carpeta 1ª inst. exp. Digital); **iii)** que según historia laboral emitida por Colfondos el 08 de abril de 2020, el actor realizó aportes a la AFP Horizonte hoy Porvenir desde **febrero de 1995**, hasta octubre del 2009, acumulando allí 743 semanas (f.º 46-53 archivo 01 carpeta 1ª inst. exp. Digital); y **iv)** el 28 de septiembre de 2009, firmo formulario de vinculación a CitiColfondos (f.º 51 archivo 07 carpeta 1ª inst. exp. Digital), en donde permanece hasta la actualidad.

INEFICACIA DEL TRASLADO

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

Así mismo, ha indicado esa Corporación que el fondo privado cumple con su deber de información cuando la asesoría brindada para el momento en que el afiliado decide

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

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

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

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

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

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

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

Así, para la fecha en el accionante se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y empezó a realizar aporte –**febrero de 1995-**, la obligación de la AFP se enmarcaba en el primer periodo, según el cual debía entregar información suficiente y transparente que le permitiera elegir «libre y voluntariamente» la opción que mejor se ajustara a sus intereses (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019), conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97

numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 -posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003-, lo cual implicaba la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

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

A la AFP Porvenir se le tuvo por no contestada la demanda, porque no allegó escrito alguno con dicho fin y tampoco aportó pruebas ni siquiera el formulario de afiliación, por ende, no cumplió con su carga de demostrar que el traslado de régimen del señor Duarte estuvo precedido de un consentimiento informado, y como quiera que en el expediente no obra prueba alguna de las condiciones de modo en que se surtió ese cambio de régimen, no puede concluirse que la AFP cumplió con el deber de suministrar al afiliado una ilustración suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna sobre las implicaciones de abandonar el esquema de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras.

De otro lado, no podría sostenerse que al haber permanecido el actor en el RAIS desde 1995 y haber realizó un traslado entre fondos, era porque conocía a cabalidad las características del RAIS y demostraba su voluntad de permanecer en él, toda vez que lo que se debe verificar en estos eventos, es si al momento de surtirse el cambio inicial de régimen pensional de prima media al RAIS, al asegurado le fue dada la información suficiente para tomar la decisión de traslado, pues si ello no ocurrió, los actos posteriores no conducen a convalidar tal irregularidad. Así se ha dicho por la Sala

de Casación de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia CSJ SL1055-2022, que en lo pertinente dijo:

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

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

Tampoco puede admitirse que porque actualmente está inmerso en la prohibición legal de que trata el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 no es dable declarar la ineficacia, porque esta se generó al momento del traslado inicial año 1995; y el hecho que se hubiese trasladado entre fondos privados no convalida el cambio de régimen, primero, porque la ineficacia es insubsanable (sentencia CSJ SL1688-2019), y segundo, porque el hecho de realizar «sucesivas afiliaciones en el RAIS, después de haber abandonado el RPM, no tiene como consecuencia que de ello» convalide el incumplimiento del deber de información (sentencia CSJ SL3349-2021).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Por lo tanto, se hace necesario adicionar la sentencia de primer grado, en el sentido de condenar a la AFP Colfondos y Porvenir S.A., a pagar con su propio patrimonio, los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados, toda vez que el *a quo* omitió ordenar en su totalidad la devolución de los mismos, como lo dispone la sentencia en cita, pues como se dijo, estos hacen parte de la cuenta de la demandante y con ellos es claro, que habrá de financiarse las prestaciones a que haya lugar por parte de Colpensiones.

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

PRESCRIPCIÓN

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

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

Por último, frente a la apelación de Porvenir y Colfondos relacionado con la condena en costas en primera instancia, advierte que esta Corporación que ello se da por ministerio de la ley, pues conforme el numeral 1° del artículo 365 del CGP la parte vencida en el proceso será condenada en costas, luego al resultar vencidas en juicio era inevitable su condena en costas, y respecto de su elevado monto, este es un asunto de deberán recurrir en el momento procesal oportuno conforme el artículo 366 del CGP.

COSTAS

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

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR EL NUMERAL TERCERO de la sentencia proferida por el Juzgado 30 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en el sentido de **CONDENAR** a la **COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**, a pagar con su propio patrimonio y trasladar a Colpensiones, los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el

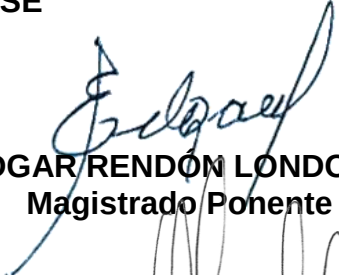
detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

SEGUNDO: ADICIONAR NUMERAL CUARTO de la sentencia proferida por el Juzgado 30 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en el sentido de **CONDENAR** a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, a pagar con su propio patrimonio y trasladar a Colpensiones, los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

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

CUARTO: COSTAS en esta instancia a cargo de Porvenir, Colfondos y Colpensiones. Se fijan como agencias en derecho la suma de \$1.160.000 para cada una.

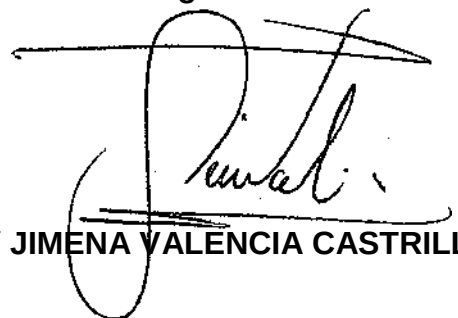
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

Magistrada

República de Colombia



Libertad y Orden

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

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	110013105031202000169-01
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	MAGDA JANNET URREA RODRÍGUEZ
DEMANDADO	- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES - ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

En Bogotá D. C. a los Veintiocho (28) días del mes de febrero de dos mil veintitrés (2023), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA:

ANTECEDENTES

Pretende la señora **MAGDA JANNET URREA RODRÍGUEZ**, se **declare** la ineficacia del traslado del régimen de prima media (en adelante RPM) al de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS) administrado por la AFP Horizonte hoy Porvenir, por omisión al deber de información; en consecuencia, se **condene** a esta devolver a Colpensiones todas la sumas de dinero, bonos, cotizaciones, sumas adicionales, costos de administración, los aportes obligatorios y rendimientos generados durante su permanencia en el RAIS; se **ordene** a Colpensiones tenerla como afiliada al RPM sin solución de continuidad y se le apliquen las normas del RPM; y se **condene** a las demandadas a lo que resulte probado ultra y extra petita y a las costas procesales.

Como hechos fundamento de las pretensiones (archivo 01 carpeta 1ª insta, exp digital), señaló en síntesis, que nació el 05 de enero de 1968, que se afilió al ISS donde estuvo aportando hasta el 31 de diciembre de 1998, acumulando un total de 484 semanas; que mientras estaba laborando fue abordada por un asesor de la AFP

Horizonte quien le ofreció la posibilidad de vincularse a ese fondo y así lo hizo quedando efectivo desde el 1° de enero de 1999, pero que este no la informó de manera transparente, completa, clara, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y cierta respecto de las diferencias entre los dos regímenes pensionales, la forma de pensionarse en cada uno de ellos, los beneficios, riesgos, ventajas o inconvenientes de estos, y en general las implicaciones en su futuro pensional, información que debía tener en cuenta para tomar una decisión consiente de cambiarse de régimen; que tampoco le informó sobre la posibilidad de retornar al RPM, ni le hicieron un estudio particular de su caso según las condiciones en las que se encontraba en ese momento, no le comunicaron cuanto capital debía ahorrar para poder financiar una pensión en el RAIS que mantuviera su mínimo vital ni que su edad y las de sus beneficiarios reduciría su mesada, ni que de sus aportes se descontaría un porcentaje para gastos de administración y seguros, ni que tendría derecho a un bono pensional y su negociación o redención.

Narró que, Colpensiones no hizo ninguna gestión tendiente a asesorarla sobre su decisión de traslado; que Porvenir le realizó una proyección pensional informándole que a sus 57 años su mesada pensional sería de 828.116, mientras que en el RPM le correspondería una de \$3.748.358 al cumplir 58 años; que solicitó ante Colpensiones la nulidad del traslado al RAIS, pero que la misma negó lo petitionado.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (archivo 10, carpeta 1ª instancia, exp digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. Respecto de los hechos, aceptó la fecha de nacimiento de la actora, que se afilió al ISS registrando cotizaciones desde el periodo 06-1996 acumulando 128 semanas; que agotó la reclamación administrativa; frente a los demás, señaló que no le constaban por corresponder a un tercero. Propuso como excepciones de fondo, las de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, buena fe y la innominada o genérica.

A la **AFP PORVENIR S.A.** se le tuvo por no contestada la demanda mediante auto de fecha 11 de diciembre de 2020 (archivo 13, carpeta 1ª inst, exp digital).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, remitió el proceso al Juzgado Segundo Laboral Transitorio de Bogotá D.C., en virtud del acuerdo PCSJA21-11766 del 11 de marzo de 2021, quien mediante sentencia del 25 de junio de 2021 (archivo 44-45, carpeta 1ª inst, exp digital), resolvió:

PRIMERO: negar en su totalidad las pretensiones de la demanda presentada por la señora MAGDA JANNET URREA RODRÍGUEZ, por las razones esbozadas en la parte motiva.

SEGUNDO: declarar probada la excepción denominada inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media, propuesta por Colpensiones.

(...)

Fundamentó su decisión, en que se encontraba probado que la demandante al 1° de abril de 1994, tenía 26 años de edad, pues había nacido el 05 de enero de 1968; que aportó al ISS la suma de 57 semanas; que se afilió al RAIS administrado por Porvenir el 19 de mayo de 1994, con fecha de efectividad al 1° de junio de la misma anualidad.

Expuso que, la responsabilidad que tienen las administradoras de fondo de pensiones es garantizar el derecho a la libre escogencia de los afiliados, tema que debe abordarse desde la ineficacia y no desde el régimen de las nulidades, excepto en lo relativo a las consecuencias prácticas dejando a salvo las sumas recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe, y en consecuencia no podía exigírsele demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se veía afectado cuando no había sido consentido de manera informada.

Explicó que, en vigencia de la Ley 100 de 1993, el derecho al traslado entre regímenes podía efectuarse cada tres años y que posteriormente la Ley 797 de 2003, incrementó ese periodo a 5 años y se agregó que no podía haber traslado entre regímenes pensionales cuando al afiliado le faltaren 10 años o menos para cumplir la edad mínima de pensión; no obstante, en este caso no podía hablarse de un traslado ineficaz por las siguientes razones:

- La demandante se afilió al RAIS con la AFP Porvenir el 19 de mayo de 1994 con fecha de efectividad al 1° de junio de la misma anualidad, y siempre permaneció allí.

- Según la historia laboral de Colpensiones la demandante nunca estuvo afiliada a esa entidad antes de la vinculación a Porvenir en el año 1994.
- Que la promotora del litigio no probó vinculación previa a 1994 al RPM.
- Que en el formulario de afiliación a Porvenir diligenciado en 1994 en la casilla que indicaba si había cotizado en el ISS o Cajas, marcó la casilla NO.

Señaló que, al no haber un traslado entre regímenes pensionales no era posible asumir una ineficacia sobre un acto que nunca existió, además que este asunto tampoco es de multifiliación caso en el que se podría pensar que estuvo simultáneamente afiliada a ambos regímenes, pues, aunque en la historia laboral de Colpensiones se evidencia que allí se realizaron unos pagos, también se observa que estos fueron devueltos al RAIS porque su vinculación era en el RAIS y el pago se había realizado de forma errada.

Concluyó que la señora Urrea hizo su afiliación inicial al RAIS en 1994 y allí permaneció hasta la actualidad, por ende, absolvería de las pretensiones de la demanda.

RECURSO DE APELACIÓN

La demandante interpuso recurso de apelación argumentando que estuvo afiliada al RPM desde el año 1994 hasta el 1999, lo que se podía corroborar con la historia laboral expedida por Colpensiones con fecha 31 de enero de 2020, donde se evidenciaba cotizaciones por dos empleadores diferentes hecho que es aceptado por Colpensiones en su contestación de demanda y en el certificado expedido el 19 de abril de 2019, por esa misma entidad donde indicó que si había estado afiliada al RPM y que su estado era trasladada a otro fondo (archivo 23 carpeta 1ª inst, exp digital); que igualmente, la historia laboral de Colpensiones tenía una aclaración en el estado de afiliación decía asignado al RAI por Decreto 3995/2008 es decir que se decidió una situación de multifiliación.

Señaló que, de no haberse trasladado a la demandante al RAIS en 1999, el tiempo hubiese subsanado la formalidad del formulario de afiliación en el RPM, toda vez que la primera cotización consiente que hizo la actora lo fue en el año 2003; sin embargo, esa carga no se le podía imponer a ella porque su empleador tenía la obligación de afiliar y cotizar al sistema de seguridad social en favor de sus trabajadores; por lo tanto, con la llegada del decreto en el 2008, y con la continuidad en las cotizaciones tendría derecho a ser pensionada con el RPM y su pensión no se hubiera visto afectada.

Dijo que, la AFP Porvenir no ha cumplido con el deber de información ni en la etapa previa y posterior a la afiliación, pues esa entidad era la experta en un tema de alta complejidad como el pensional y ella era la afiliada lega.

Indicó que, en este caso era aplicable la sentencia CSJ SL1452-2019 porque el caso allí analizado guarda similitud con el de la aquí demandante, e hizo referencia a los temas allí estudiados, tales como, (1) la obligación relativa al deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones, (2) si para dar por satisfecho ese deber, es suficiente con diligenciar el formato de afiliación, (3) determinó quién tenía la carga de la prueba en estos eventos, y (4) si la ineficacia de la afiliación solo tiene cabida cuando el afiliado tiene una expectativa de pensión o un derecho causado, y citó textualmente varios apartes.

Expuso que, como se observaba en la simulación pensional realizada por Porvenir ella sufrió un inminente perjuicio, pues según este en el año 2025 tendría una pensión de un SMMLV mientras que en el RPM sería de \$3.750.000.

CONSIDERACIONES

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

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si hay lugar a declarar ineficaz la afiliación que hizo la demandante a la AFP Porvenir el 19 de mayo de 1995, por falta de información, y si como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a COLPENSIONES los aportes realizados por la actora en el RAIS.

En el presente asunto no es materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: **i)** que la señora MAGDA JANNET URREA RODRÍGUEZ tuvo su afiliación inicial en el sistema general de pensiones con la AFP Porvenir el **19 de mayo de 1995** (archivo 24, carpeta 1ª inst, exp. Digital); **ii)** que el 30 de enero de 2007 realizó un traslado entre AFPs a Horizonte hoy Porvenir (archivo 19, carpeta 1ª inst, exp. Digital) y allí permanece actualmente; **iii)** que según historia laboral expedida por Colpensiones el 13 de agosto de 2020 (archivo 09, carpeta 1ª inst, exp. Digital), la fecha de afiliación fue el 15 de julio de 1994, pero que su estado es «*asignado al RAI*

por Decreto 3995/2008», por lo que los aportes realizados por sus empleadores entre el periodo 06-1996 y 12-1998 fueron devueltos con la observación «no vinculado trasladado RAI; y **iv)** que Colpensiones el 19 de abril de 2021 certificó que:

LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES

CERTIFICA QUE

Verificada la base de datos de afiliados, el/la señor/a **MAGDA JANNET URREA RODRIGUEZ** identificado/a con documento de identidad **Cédula de Ciudadanía** número **51908654**, estuvo afiliado/a al Régimen de Prima Media con Prestación Definida (RPM) administrado por la Administradora Colombiana de Pensiones **COLPENSIONES** y su estado es TRASLADADO A OTRO FONDO.

La presente certificación se expide en Bogotá, el día 19 de abril de 2021.

Selección inicial de régimen pensional

A la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, se estableció la posibilidad de seleccionar cualquiera de los regímenes pensionales contemplados en dicha normatividad, ya fuera el régimen de prima media con prestación definida o el régimen de ahorro individual con solidaridad, estableciéndose en el literal b) del artículo 13 *ibídem*, que la selección debe ser libre y voluntaria por parte del afiliado, quien podrá manifestar por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado.

Igualmente, tal normatividad contempló en el literal e), lo siguiente:

*e. <Aparte subrayado **CONDICIONALMENTE** exequible> <Literal modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> Los afiliados al Sistema General de Pensiones podrán escoger el régimen de pensiones que prefieran. Una vez efectuada la selección inicial, estos sólo podrán trasladarse de régimen por una sola vez cada cinco (5) años, contados a partir de la selección inicial. Después de un (1) año de la vigencia de la presente ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez;*

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral de Descongestión, en la sentencia CSJ SL1806-2022, indicó:

Ante tal panorama legal, la primera conclusión que surge para la Sala es que esa garantía de escoger régimen pensional es una expresión de la protección del derecho fundamental a la seguridad social, en vista del carácter obligatorio e irrenunciable de este último (artículo 48 de la Constitución Política). También, que

resulta relevante para preservar el equilibrio y la articulación del sistema, a la luz del principio de unidad consagrado en el literal e) del artículo 2 de la Ley 100 de 1993.

Así las cosas, es claro que las restricciones al libre movimiento entre regímenes pensionales tienen un sustento legal. No de otra manera se explica que el legislador hubiera sido tan explícito al disponer que las personas jurídicas o naturales que impidan o atenten en cualquier forma contra el derecho de las personas a su afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social, pueden ser destinatarias de sanciones económicas, sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación (artículo 271 de la Ley 100 de 1993).

[...]

Entonces, la afiliación es un acto jurídico único dentro de nuestro sistema pensional. Posteriormente, no puede ser desconocida su existencia, como si nunca se hubiera registrado.

Deber de información por parte de las AFP

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

Así mismo, ha indicado la Sala de Casación Laboral de la CSJ que el fondo privado cumple con su deber de información cuando la asesoría brindada para el momento en que el afiliado decide trasladarse contiene una información suficiente, transparente, cierta y oportuna, es decir, cuando se hace una adecuada ilustración sobre las características, condiciones, consecuencias, riesgos, ventajas y desventajas de la determinación de cambio de régimen pensional, deber que ha existido desde la creación de las sociedades

administradoras de fondos de pensiones y cuyo cumplimiento permite que la elección de cualquiera de los regímenes pensionales sea libre y voluntaria conforme lo ordena el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 (CSJ SL755-2022, CSJ SL3349-2021 y CSJ SL1565 - 2022).

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

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

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

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

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

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

No obstante, tales exigencias se han considerado en los casos de **traslado de régimen pensional**, que no fue lo que surgió en el presente asunto, pues aquí lo que se llevó a cabo fue una vinculación inicial o por primera vez al sistema general de pensiones, de manera que no es dable retrotraer la situación de la afiliada al estado en que se hallaba antes de que hiciera aquella elección primigenia, como quiera que **no existe una situación jurídica anterior qué modificar**, ya que no había existido afiliación al subsistema pensional, puesto que fue el **19 de mayo de 1995**, cuando lo hizo por primera vez escogiendo el régimen de ahorro individual, y si bien el 15 de julio de igual año también firmó formulario de afiliación con Colpensiones la primera vinculación que realizó con el lleno de los requisitos legales fue al RAIS, y como quiera que el literal e) de la Ley 100 de 1993 en su versión original establecía que «*una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrán trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial*», no había lugar a aceptar la afiliación a Colpensiones; además que ese asunto de la multifiliación fue resuelto conforme se lee de la historia laboral de Colpensiones en el «*estado afiliación: asignado al RAI por Decreto 3995/2008*», lo que implicaba que conforme a la normatividad vigente las administradoras pensionales involucradas realizaron las gestiones correspondientes para dirimir dicho conflicto, asignando el afiliado al RAIS, sumado a que el 30 de enero de 2007, la señora Urrea realizó un traslado entre AFPs a Horizonte hoy Porvenir, confirmando su selección inicial de régimen.

De tal suerte que, si bien a la AFP Porvenir le era exigible el cumplimiento del deber de información, previo a la afiliación de la demandante, lo cierto es que no resulta atendible la declaratoria de ineficacia de dicho acto jurídico; por lo tanto, lo que podría invalidarse o declarar ineficaz es el traslado, más no la elección que por primera vez se hace al referido sistema. Así se dijo por la Sala de Casación laboral de Descongestión de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia CSJ SL1806-2022, en la que sostuvo:

*[...] la jurisprudencia ha establecido que lo que puede invalidarse es el acto de traslado entre regímenes, **no la selección inicial, y menos cuando no existe acto previo de afiliación al sistema pensional**. De esa forma, no puede aceptarse que la violación del deber de informar afecta directamente la validez del acto jurídico de vinculación al sistema, pues no existe, antes de ese acto ninguna expectativa, aún simple, de consolidar un derecho. (Subrayado y negrillas por fuera del texto original*

En la misma providencia, al referirse a la imposibilidad de retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, antes de llevarse a cabo la afiliación inicial al régimen de pensiones, manifestó:

La Sala encuentra acertada la posición del ad quem de negar la ineficacia de la afiliación, pretendida por la señora Ulloa Ulloa, pues ello conllevaría un intento de retrotraer la situación de la afiliada al estado en que se hallaba antes de que hiciera una selección inicial de régimen, cuando, previo a ello, no existía una situación jurídica que modificar, es decir, no hay un acto para invalidar, pues no existe estado previo de registro ante ninguna administradora, porque no había afiliación o vinculación al Sistema General de Pensiones. (Negrillas y subrayado fuera del texto original).

Así las cosas, **si la demandante nunca formó parte del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, como está acreditado y no se discute, eliminar la afiliación al RAIS no puede generar el efecto anhelado por la censura, pues no existe ningún vínculo jurídico previo con administradora pensional alguna, ni siquiera anterior a la existencia del sistema pensional vigente, para obligarla a recibirla como afiliada, así como a recibir sus cotizaciones hechas ante Protección y Porvenir ni reconocer, eventualmente, las prestaciones propias del sistema** (CSJ SL1688-2019 y CSJ SL3464-2019). (Negrillas y subrayado fuera del texto original).

Conviene precisar que, si lo pretendido era trasladarse del Régimen de Ahorro Individual al de Prima Media con Prestación Definida por resultarle más favorable, debió hacerlo en la oportunidad que brinda el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el 2 la Ley 797 de 2003, es decir, antes del 21 de marzo de 2009, tal y como lo señaló el ad quem.

En tal sentido, se confirmará la decisión de primera instancia, por las razones aquí expuestas, pues se reitera en asuntos como el presente donde lo que se pretende es dejar sin efectos la afiliación inicial al sistema general de pensiones, la cual se hizo respecto del régimen de ahorro individual, no es viable porque no existe una situación jurídica anterior que se pueda modificar, esto es, no hay acto jurídico previo con Colpensiones que se pueda restablecer.

En consecuencia, se confirmará la decisión de primera instancia, esto es, absolver a las accionadas de las pretensiones de la demanda.

COSTAS

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

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia consultada, proferida por el Juzgado 31 Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones anteriormente expuestas.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante. Se fijan como agencias en derecho la suma de \$580.000.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

República de Colombia



Libertad y Orden

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

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	11001310503220190027801
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	JANNY NORELLA ALCALÁ LOZANO
DEMANDADO	DOÑA LECHE ALIMENTOS S.A.

En Bogotá D. C. a los Veintiocho (28) días del mes de abril de dos mil veintitrés (2023), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA:

ANTECEDENTES

Pretende la señora **Janny Norella Alcalá Lozano** se **declare** la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido con la sociedad Doña Leche Alimentos S.A., el cual terminó por despido sin justa causa, reteniéndose por parte del el empleador su último salario. Como consecuencia de ello, solicita que se **condene** a la demandada al pago de la indemnización por despido sin justa causa; **condenar** al reajuste de las cesantías y vacaciones, teniendo en cuenta el salario básico y las comisiones devengadas; condenar a la demandada al daño moral, ocasionado por las malas que ha dado, lo que ha impedido conseguir otro empleo; condenar al pago de la indemnización moratoria por el no pago de los anteriores conceptos; que se **condene** a la demandada a lo que resulte probado ultra y extra petita, a las costas y agencias en derecho.

Como hechos fundamento de las pretensiones (fº. 6 y 7, archivo 1, carpeta 1ª inst. exp. digital), señaló en síntesis, que se vinculó con la sociedad Doña Leche Alimentos S.A., mediante contrato de trabajo a término indefinido, a partir del 3 de octubre del año 2016, y hasta el 11 de marzo de 2019, fecha en la que fue despedida;

que devengaba un salario mínimo legal mensual vigente, más \$290.000, por concepto de comisiones por ventas; que mensualmente se le cancelaba la suma de \$110.000 por concepto de rodamiento; que para despedirla, se tuvo en cuenta la existencia de irregularidades cometidas por su Jefe inmediato Fredy Cuitiva; que el hacía descuentos superiores a los autorizados sobre las ventas realizadas, sobre los cuales, ella no tenía nada que ver; que le fue pedida explicaciones, sin que se obtuviera respuesta positiva; que fue llamada a rendir descargos por estos hechos y pese a las explicaciones dadas fue despedida; que para liquidar las prestaciones y cesantías no se tuvo en cuenta el salario promedio devengado, incluidas las comisiones; que no se incluyeron para efectos de liquidación de vacaciones las comisiones devengadas

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La sociedad **DOÑA LECHE ALIMENTOS S.A.** contestó (f° 117 a 124 archivo 1, carpeta 1ª inst.), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que entre las partes se suscribió un contrato de trabajo a término indefinido, vigente entre el 3 de octubre del año 2016 y el 11 de marzo de 2019, fecha en la que la trabajadora fue despedida; que a la demandante se le pagaba \$110.000; sin embargo, aclara que esta suma no era factor prestacional; que la accionante fue llamada a rendir descargos. Frente a los restantes supuestos fácticos, dijo no constarle o no ser ciertos. Como excepciones de mérito, propuso las de inexistencia de lo relacionado con el daño moral, prescripción, inexistencia de la obligación, compensación, falta de título y ausencia de causa legal para demandar, cobro de lo no debido, ausencia de buena fe del demandante, buena de mi poderdante, carencia del derecho reclamado y la genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y dos Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 18 de mayo de 2021 (archivo 6, carpeta 1ª inst.), resolvió:

PRIMERO. DECLARAR PROBADAS las excepciones de Inexistencia de la Obligación, falta de título y ausencia de causa legal para demandar y cobro de lo no debido formuladas por la demandada, conforme las consideraciones expuestas.

SEGUNDO. ABSOLVER a la demandada DOÑA LECHE ALIMENTOS S.A. de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por la demandante JANNY NORELLA ALCALÁ LOZANO.

TERCERO. CONDENAR en costas al demandante y a favor de la demandada, tásense por secretaría incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a medio (1/2) smlmv.

CUARTO. En caso de no ser apelada la presente decisión, y al ser totalmente desfavorable al demandante, remítase al superior en el grado jurisdiccional de consulta

Para fundamentar su decisión, sostuvo que no se encontraba en discusión que, entre las partes se había suscrito un contrato de trabajo a término indefinido entre el 3 de octubre del año 2016 y el 11 de marzo de 2019, y que el salario devengado por la demandante era un mínimo legal mensual vigente más comisiones.

Respecto a la terminación del contrato de trabajo, sostuvo que la conducta por la cual se despidió a la demandante, fue por conceder descuento a los clientes superiores a los autorizados, hecho que encontró acreditado a través de presunción declarada en contra de la accionante, por la inasistencia de la audiencia obligatoria de conciliación, debido a que no había justificado las razones de su no comparecencia.

A pesar de ello, señala que si bien, fueron escuchadas las declaraciones de los testigos Adriana Rocha López y Luz Andrea Niño, quienes refirieron que el contrato de trabajo suscrito entre las partes había terminado aduciendo una supuesta justa causa, en donde la demandante fue acusada de un robo, sin que existieran pruebas, lo cierto es que estas deponentes también se vieron involucradas en los hechos que dieron lugar a la terminación del contrato de trabajo de la accionante, al punto que a ellas también se le terminó el contrato de trabajo.

De otra parte, señaló que fue escuchada la declaración de Ricardo Rojas, y Jhon Jairo Sánchez Rojas, quienes también da cuenta del otorgamiento de descuentos superiores a los autorizados por la empresa y relatan que fue encontrado un detrimento en los ingresos mensuales de la sociedad y a raíz de ello, se realizó una auditoria, encontrándose que en el canal tradicional sur ruta 4, se estaban otorgando descuentos no autorizados o se presentaban diferencias en los precios de venta de los productos. También sostuvo que, ambos testigos afirmaron que cada vendedor contaba con un celular en donde se encontraba instalada una aplicación, a la que se accedía con un usuario y contraseña, que era personal e intransferible. Que a través de esta aplicación se gestionaban los pedidos.

Dijo que, de acuerdo con la prueba testimonial y el acta de descargos de la demandante, es claro que la demandante contaba con una clave y un usuario, por lo tanto, esta era la responsable del uso que se le diera a su clave.

Agregó que, más allá de que los testigos Adriana Rocha López y Luz Andrea Niño y la demandante responsabilicen al señor Fredy Cuitiva de las conductas endilgadas, lo cierto es que ninguna de ellas desconoce la existencia de ventas en las que se otorgaban descuentos superiores a los autorizados o venta realizadas por debajo de los autorizados por la demanda, de allí que es claro que el hecho señalado en la carta de terminación del contrato existió y siendo la actora la responsable de su

usuario y su clave, los hechos descritos en la comunicación de terminación del contrato de trabajo, efectivamente ocurrieron, y se enmarca la causal de terminación dentro del reglamento interno de trabajo, por lo que se considera que el contrato termino por una justa casusa.

Respecto a la liquidación de prestaciones sociales, sostuvo que entre las partes pactaron que a la demandante se le reconocería un auxilio de rodamiento mensual por \$110.000; que aunque era de carácter habitual, es de naturaleza extralegal, se dispuso por las partes que el mismo no constituiría salario, y debido a que el mismo se otorgaba para el desempeño de las funciones de la trabajadora, no debía tenerse en cuenta para la liquidación de las prestaciones sociales, conforme lo dispuesto en el artículo 128 del CST.

En cuanto a las comisiones, indicó que fueron aportados al proceso desprendibles de nómina, de los cuales se observa que para el año 2019, la demandante no causó o recibió pagos por este concepto, salvo en la liquidación final de las prestaciones sociales, en la cual se le efectuó un reconocimiento por este concepto de \$193.000, los cuales fueron tenidos en cuentas para calcular el valor de las cesantías, sus intereses, primas de servicio y las vacaciones, concluyendo que la misma se encontraba ajustada a derecho y por ello no era procedente la reliquidación pretendida y tampoco había lugar a impartir condena por concepto de indemnización moratoria del artículo 65 del CST, en vista que ante la negativa de recibir la liquidación por parte de la trabajadora, la sociedad demandada constituyo depósito judicial, el cual fue comunicado, autorizado y entregado a la señora Janny Alcalá.

Finalmente, señaló que no existía prueba alguna dentro del proceso que acredite los perjuicios que aduce la demandante haber sufrido por las malas referencias dadas por su ex empleador.

RECURSO DE APELACIÓN

La señora **JANNY NORELLA ALCALÁ LOZANO** impetró recurso de apelación, con la finalidad que se revoque en su integridad la sentencia proferida por el a quo, teniendo en cuenta para ello que, los hechos declarados como ciertos, ante la inasistencia de la demandante a la audiencia de conciliación, específicamente respecto al despido, fueron desvirtuados.

Por otro lado, señaló la recurrente se debe tener en cuenta que los testigos Ricardo Rojas y Jhon Fredy Cala, aún son funcionarios de la demandada y tampoco se le puede restar valor probatorio a las declaraciones de las Adriana Rocha y Luz Andrés Niño, aduciendo que las mismas tiene procesos en diferentes juzgados y por

las mismas circunstancias aquí ventiladas, debido a que a ellas les consta los hechos debatidos, adicional a ello, nunca fueron tachadas por sospecha, ni tampoco fueron formuladas contra ellas denuncia de ningún tipo.

De igual forma, expresó que para la protección del derecho de defensa del trabajador, conforme el parágrafo del artículo 62 del CST, salvo norma interna de la empresa que establezca un procedimiento para el despido, lo mínimo legalmente exigible es que, para el momento del retiro se le hagan saber los motivos y razones concretas del despido con o sin descargos, que para el caso en comento, la señora Alcalá fue llamada a descargos, dentro de las cuales expresó que ella no había incurrido en las irregularidades endilgadas, pues fue su jefe Fredy Cuitiva quien realizó los descuentos no autorizados. sostuvo que, las explicaciones dadas no fueron atendidas por el empleador y se desplazó hacia ella la responsabilidad de las irregularidades cometidas por su jefe, desconociéndose que la responsabilidad es de carácter personal.

Argumentó que, para la Corte Suprema de Justicia, la oportunidad para controvertir la causal de despidos se puede hacer directamente ante el empleador o en el debate judicial y cuando el trabajador considere que se le ha causado, un daño moral, puede buscar su resarcimiento, siempre que acredite la configuración de una actuación reprochable por parte del empleador. Que para el caso en concreto, a la demandante se le ha imposibilitado tener un empleo, toda vez que, la empresa da malas referencias, expresando que ella ha sido despedida por cometer delitos contra la propiedad, lo cual no es cierto, puesto que ella no se apropió de suma alguna de dinero, ni realizó descuentos no autorizados, sino que los mismos fueron realizados por su jefe Fredy Cuitiva.

A su vez, señaló que los testigos, sin referir nombres, sostuvieron que a la accionante se le había asignado un celular, desde el que se podía tomar pedidos y que por parte de la empresa se hacía un control diario antes de salir y cuando llegaba, lo que evidencia que la empresa tenía pleno control sobre este equipo celular, por lo tanto, no se explica cómo es posible que después de 6 u 8 meses después, se evidencie que la accionante manipulaba este instrumento.

Resaltó que, las personas que hacían los pedidos los cancelaban directamente a ellas, sin que se hay reportado pérdida de dinero o faltantes. Por lo tanto, no se encuentra probada que la Janny Alcalá tuviera acceso para poder modificar o alterar las promociones para así tener más ventas, pues más de una persona contaba con acceso a su celular y su clave, incluido el señor Fredy Cuitiva, tal y como lo refirieron

las testigos de la parte demandante. De tal forma que, el despido se produjo sin justa causa.

CONSIDERACIONES

La Sala, en atención al principio de consonancia establecido en el artículo 66-A del CPTSS, resolverá el recurso en estricto sentido a lo que fue materia de alzada, acorde con las inconformidades planteadas por el apelante en su escrito.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a lo expuesto en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, **i)** si el despido realizado por parte de la convocada a juicio el 11 de marzo de 2019, tuvo o no una justa causa; y **ii)** si a la señora Janny Norella Alcalá Lozano se le causó un daño moral y si el mismo debe ser indemnizado.

En el presente asunto no es materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: **i)** que la señora Janny Norella Alcalá Lozano suscribió contrato de trabajo a término indefinido con la sociedad Doña Leche Alimentos S.A., el cual se desarrolló entre el 3 de octubre del año 2016, hasta el 11 de marzo de 2019, fecha en la que la trabajadora fue despedida (fº. 24 a 27 y 29, archivo 1, carpeta 1ª inst. exp. digital); **ii)** que el cargo desempeñado por la demandante fue el de vendedor (fº. 27, archivo 1, carpeta 1ª inst. exp. digital); **iii)** que su salario era el equivalente al salario mínimo más comisiones (fº. 27, archivo 1, carpeta 1ª inst. exp. digital); y **iv)** que el último salario devengado fue de \$1.006.697 (fº. 135, archivo 1, carpeta 1ª inst. exp. digital)

TERMINACIÓN CONTRATO DE TRABAJO

En cuanto a la terminación del contrato, debe indicarse que cuando se alega por la parte actora que hubo terminación de la relación laboral sin justa causa por parte de la empresa, le corresponde al trabajador demostrar el hecho de despido, y que este provino de la voluntad de su empleador, para que recaiga sobre este último, el deber de probar los motivos que dieron origen a esa decisión y además que estos son justa causa a la luz del ordenamiento legal. Así lo ha indicado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL1639-2022, donde se afirmó:

En lo atinente a la indemnización por despido sin justa causa previsto en el artículo 64 del CST, debe indicarse que reiteradamente se ha sostenido por parte de la Sala que al trabajador le corresponde mostrar el hecho del despido, mientras que al empleador la justa causa del finiquito contractual (CSJ SL1166-2018).

En el *sub-lite*, la parte actora afirma en su escrito de demanda que la llamada a juicio debe reconocerle la indemnización solicitada, porque la empresa decidió dar por

terminado su contrato, imputando conductas que no fueron cometidas por ella, sino por su jefe inmediato, señor Fredy Cuitiva.

Decantado lo anterior, observa este órgano colegiado que, en efecto obra en el plenario escrito de terminación del contrato de trabajo fechado 11 de marzo de 2019 (fº. 29, archivo 1, carpeta 1ª inst. exp. digital), en donde la empresa demandada Doña Leche Alimentos S.A., a través de su Gerente de Recurso Humanos, comunicó a la promotora de la contienda la terminación del vínculo laboral, aduciendo para ello, que *“Se le cito el 26 de febrero de 2019 presentar las explicaciones las cuales no subsanan la falta cometida y, por el contrario, lo responsabilizan de acuerdo con su acta de descargos (la cual hace parte de esta comunicación)”*, fundamentando la decisión en lo dispuesto en la causal 6) del inciso a) del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, así como el inciso d) del artículo 46 del Reglamento Interne del Trabajo.

Por lo anterior, se tiene que en esta misiva no se hace una narración fácticas de las causas que daban origen al fenecimiento del contrato a instancia de la convocada a juicio, circunstancia que le impide a la accionante, incluso a esta Sala de Decisión, tener conocimiento de los hechos que dan origen al rompimiento del vínculo laboral, pues si bien en ella se remite al acta de descargos, lo cierto es que en esta, se indica de manera lacónica que el llamado a rendir explicaciones obedece al *“presunto incumplimiento de las obligaciones contractuales”*. Aunado a ello, se tiene que, conforme el encabezado del acta de la diligencia de descargos (fº. 29, archivo 1, carpeta 1ª inst. exp. digital) los hechos que origina la citación de la trabajadora *“se describen en la citación de descargos”* documentos que no hacen parte del caudal probatorio recaudado en el presente juicio.

También se debe precisar que, en la referida acta de descargos, a la trabajadora no se le imputa la comisión de faltas, el incumplimiento o el desconocimiento de sus obligaciones laborales, o la comisión de conductas prohibidas en su contrato de trabajo o el reglamento interno de la empresa, como quiera que a ella únicamente se le cuestiona sobre el tiempo de permanencia en la empresa, cuáles eran los niveles de descuento autorizados, el precio de referencia de algunos productos lácteos, el procedimiento realizado para otorgarle estos descuentos a los clientes y sobre algunas prácticas realizadas por el señor Fredy Cuitiva en la empresa, sin que de estos cuestionamientos o de las respuestas a ellas dadas, se puedan inferir con absoluta claridad los motivos que condujeron al finiquito del vínculo laboral, como era la obligación de la empresa.

Al respecto, la Corte Constitucional en sentencia C-594-1997 señaló que:

Conforme a lo anterior, el cargo del actor no es admisible, pues se basa en una inadecuada interpretación del alcance de la disposición acusada, la cual obliga a la parte que da por terminado unilateralmente el contrato a precisar los hechos concretos y específicos que, según su criterio, constituyen una justa causa para tal terminación, ya que no podrá posteriormente alegar nuevos hechos. La norma pues exige que la parte justifique fácticamente la decisión de dar por finalizado unilateralmente el contrato. En tal entendido, la Corte concluye que el parágrafo demandado, lejos de desconocer la Carta, es un desarrollo del principio de buena fe en el ámbito de las relaciones laborales, pues permite precisamente a la otra parte conocer esos hechos justificantes, a fin de poder defenderse adecuadamente.

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral en sentencia CSJ SL339-2023, sostuvo:

Pues bien, de forma reiterada la jurisprudencia de esta Sala ha sostenido que, aunque el empleador no está obligado a citar la norma en que se adecuan los hechos invocados como fundamento de la justa causa, sí es necesario exponer los motivos concretos en que se funde la decisión, en aras de garantizar el derecho de defensa, sin que posteriormente se puedan traer a colación motivos diferentes a los expuestos al momento del despido como sustento de la determinación empresarial.

Sobre el punto, la sentencia CSJ SL16219-2014, señaló:

[...] Sin embargo, no obstante la sociedad demandada no citó la norma completa en que se subsumen los hechos tal como lo puso de presente el Tribunal, debe anotarse que ello no es imperativo conforme lo tiene adoctrinado la jurisprudencia de la Sala, pues basta con identificar los motivos concretos que se le imputan al trabajador y que dieron lugar a su despido, de manera que le permitan en ese momento conocer los móviles que generaron esa determinación a efectos de ejercer el derecho de defensa y garantizar la contradicción oportuna, correspondiéndole al Juez de trabajo verificar si dichos motivos invocados están o no tipificados en el ordenamiento legal aplicable [...].

Además de lo anterior, nótese que a pesar de fundamentarse el despido en un precepto normativo, contenido en el reglamento interno de trabajo, el mismo tampoco fue allegado, por parte de quien tiene la carga probatoria de demostrar que el despido tuvo una justa causa.

Ahora bien, en lo que se refiere a tener por ciertos los hechos de la contestación de la demanda y las excepciones de mérito, ante la no comparecencia de la demandante a la diligencia de conciliación, la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, en sentencia CSJ SL170-2021, en donde se rememora lo señalado en la providencia con número de radicación 27060 del 23 de agosto de 2006, indicó:

En efecto, la sanción prevista por el numeral segundo del inciso 70 del artículo 39 de la Ley 712 de 2001, consistente en presumir ciertos los hechos susceptibles de confesión de la demanda cuando el demandado no comparece a la audiencia de conciliación, se halla concebida en términos similares a las consagradas en los

artículos 56 del Código Procesal del Trabajo y 210 del Código de Procedimiento Civil, de tal modo que le resultan aplicables los mismos requerimientos que a estas para que pueda conducir a una confesión presunta. En relación con esas consecuencias ha precisado esta Sala de la Corte que es necesario que el juez deje constancia puntual de los hechos que habrán de presumirse como ciertos, de tal manera que no es válida una alusión general e imprecisa a ellos, como la efectuada en este caso, en que el que el juez de la causa se limitó a consignar en la audiencia celebrada el 8 de marzo de 2004 (folio 67) que "... Se presumirán como ciertos todos aquellos hechos susceptibles de prueba de confesión contenidos en la contestación de la demanda en las excepciones de mérito propuestas en la misma, pues de no admitir esa prueba, se tendrán entonces como un indicio grave en su contra", pero sin precisar, como era su deber, cuáles de esos hechos se tendrían como ciertos, ni, por la misma razón, cuáles constituirían indicio grave, prueba que, como es sabido, no es hábil en la casación del trabajo.

En el caso bajo estudio, se tiene que el juez de conocimiento en aplicación de lo dispuesto en el artículo 77 del estatuto procesal laboral, ante la inasistencia de la parte demandante, procedió a presumir ciertos los hechos de la contestación de la demanda y de las excepciones de mérito susceptibles de prueba de confesión, declarando para el efecto que se tenía por cierto, que el contrato de trabajo había terminado por mediar justa causa (fº. 24 a 27 y 29, archivo 1, carpeta 1ª inst. exp. digital); a pesar de lo anterior, se tiene que esta declaración no es definitiva para determinar la suerte de las resultas de este juicio, en la medida que en los términos del artículo 166 del CGP, el hecho presumido admite prueba en contrario.

Cabe agregar igualmente que, conforme el anterior precepto legal, para que resulte procedente la presunción legal, es necesario que los hechos en los que se funde esta, se encuentren debidamente probados. Así las cosas, no podía presumirse como cierto que el despido de la parte actora era justo, cuando ni siquiera en la carta de terminación del contrato, ni en la diligencia de descargos, se dieron a conocer las circunstancias concretas de tiempo, modo y lugar en lo que se cimentó la decisión de terminación del vínculo laboral.

De otro lado, fue escuchada la declaración de la deponente Adriana Marcela Rocha, quien manifestó haber sido compañera trabajo de la accionante y junto a ella, fueron acusadas de robo por la empresa demandada. Sobre el particular, manifestó que tenían un jefe que se llamaba Fredy Cuitiva, quien era el encargado de generar y autorizar las promociones u ofertas, pues era él quien tenía acceso a las plataformas de cada una de las rutas; que con el tiempo se enteraron que el otorgaba descuentos; que no estaban autorizados por la empresa, conductas que le fueron endilgadas a las vendedoras, a las que se les acusó de ser cómplices de robo.

Añadió que, todas las ventas de los productos se hacían de manera presencial, pues se llegaba donde el cliente, se hacía inventario, se creaba el pedido, se generaba la factura y después se le entregaba la mercancía. Para realizar este procedimiento,

se debía ingresar al aplicativo con el usuario y la clave de la zona, aclarando que cualquier persona podía ingresar a esta plataforma, porque no eran claves privadas. Adicionalmente, sostuvo que con el usuario asignado no tenían forma de alterar o modificar la facturación, ni mucho menos crear promociones u ofertas, debido a que ellas solo podían generar la factura desde el celular corporativo dado por la empresa. Señaló que cuando se necesitaba otorgarle a un cliente una oferta o una promoción debían comunicarse con su jefe Fredy Cuitiva, quien realizaba la operación correspondiente, limitándose únicamente las vendedoras a imprimir la factura correspondiente.

Finalmente, la testigo indica que la demandante no cometió ninguna falta, debido a que los descuentos, las ofertas y promociones, eran manejados y autorizados por su jefe Fredy Cuitiva, lo que podía realizar, desde cualquier usuario y dispositivo de la empresa.

También fue escuchada la declaración de Luz Adriana Niño, quien manifestó que, fue compañera de trabajo y que al igual que la demandante fue despedida por robo y manipulación del sistema. Sobre este asunto en particular, relató que en la compañía contaban con un aplicativo instalado en el celular corporativo, a través del que se ingresaban los pedidos y se generaba la facturación, aclarando que ellas no contaban con la opción de modificarla, ni otorgar descuentos u ofertas, solo contaban con la opción de imprimirla para que fuera entregada al cliente.

Dijo que, al dispositivo y a la aplicación tenía accesos los vendedores, su supervisor, el supervisor de la bodega de Carvajal, el supervisor de plataformas y el sistema lo podían manipular varias personas. Su jefe directo, Fredy Cuitiva, era el encargado de dar a conocer los descuentos que se iban a manejar y que cuando estos se iban a otorgar debían ser autorizados y gestionados por él. Tan solo ellas, como vendedoras, se limitaban a imprimir la factura.

Otra declaración recaudada en el devenir del juicio, fue la del señor Ricardo Rojas Cala, quien informó ser Gerente de Ventas Regional de la demandada y anunció que conocía a la accionante, pues ella había sido vendedora en el canal tradicional sur. Afirmó que ella fue desvinculada de la empresa por el tema de facturación adulterada, debido a que el Gerente de Facturación advirtió la presencia de errores y detrimentos en los precios generados en la facturación, hechos que ocasionaron que la demandante fuera llamada a descargos.

De igual forma, afirmó que a cada vendedor se le hizo entrega de un teléfono celular con su correspondiente usuario, el que debía ser manipulado únicamente por

el trabajador, pues era personal e intransferible; que la labor de los vendedores, entre los que se encontraba la demandante, consistía en desplazarse hasta donde se encontraban los clientes y tomar el correspondiente pedido, para que la central los facturara y realizara la entrega de los pedidos; sobre este asunto en particular, manifestó que cada zona tenía su propio facturador.

De otro lado, indicó que los vendedores contaban con la aplicación Sisplus, a través de la cual tenían acceso al portafolio de venta de productos, aclarando que, de acuerdo al perfil del cargo se contaba con diferentes permisos para realizar operaciones en la plataforma.

Frente al otorgamiento de ofertas y promociones, dijo que estos eran determinados por la junta directiva de la empresa, quienes entregaban unas dinámicas comerciales al gerente, quien a su vez, transmitía estas directrices a los supervisores, en este caso al señor Fredy Cuitiva y finalmente él se las daba a conocer a los vendedores, señalando que estas promociones eran limitadas en el tiempo.

Otra declaración recaudada fue la de Jhon Jairo Sánchez Reyes, Jefe de Costos y control de inventarios de la demandada, quien manifestó no conocer a la demandante, a pesar de ello, dio fe que fue realizada una auditoria en una de las rutas y en donde se advirtió la existencia de detrimentos, debido a descuentos realizados sobre productos vendidos, los cuales no habían sido autorizados por la compañía. Adicional a ello, se evidenció anomalías en los precios de los productos comercializados por la empresa, procedimiento que fue detectado en el canal tradicional sur, en 4 rutas de la ciudad de Bogotá.

Añadió que, en los dispositivos móviles entregados a cada uno de los vendedores, se instaló un aplicativo web, al que se ingresaba con un usuario y contraseña asignado a cada vendedor, a través del cual se facturaba y se ingresaban los pedidos al sistema; que en este aplicativo se podía modificar el valor de la facturación y aplicar descuentos.

Las anteriores declaraciones, dan cuenta que a la demandante se le endilgó la comisión de una conducta punible por hurto, adulteración y manipulación de facturación, al otorgar descuentos, o aplicar promociones u ofertas a clientes, cuando estos no habían sido autorizados por su empleador.

Al respecto, lo primero que se debe referir es que, la empresa demandada no ha demostrado en juicio, cuáles fueron las facturas que presuntamente fueron manipuladas y en beneficio de que clientes fueron aplicadas descuentos u ofertas y mucho menos cuál fue la injerencia de la aquí demandante en la comisión de estos

hechos, pues únicamente el testigo Jhon Jairo Sánchez Reyes, señaló que luego de realizada una auditoría se acreditó que en el “*canal tradicional sur, en 4 rutas de la ciudad de Bogotá*” se presentaban anomalías frente a la facturación; sin embargo, ello no quiere decir que estas puedan ser imputadas automáticamente a Janny Alcalá, pues, primero no existe certeza que ella haya prestado sus servicios en esta área y mucho menos que ella haya sido la autora de estos desfalcos.

Aunado lo anterior, al unisonó los testigos señalaron que los vendedores, cargo que detentó la accionante, contaban con un usuario y contraseña para el ingreso a un aplicativo, a través del cual se gestionaba los pedidos al sistema, siendo ello así y a pesar de las inconsistencias ya señaladas frente a la carta de terminación del contrato de trabajo, también se debe hacer hincapié que, la convocada a juicio no acreditó cual fue el usuario asignado a la demandante para acceder a la aplicación Sisplus y muchos menos se demostró que a través de este usuario se hayan modificado un sin número de facturas y se hayan vendido o facturado productos por debajo del precio comercial definido por la compañía. Es más, ni quiera se encuentra probado que las operaciones irregulares y fraudulentas que describe el testigo Sánchez Reyes, se hayan ejecutado a través del dispositivo asignado a la señora Alcalá.

Es preciso señalar que, tal y como la ha manifestado la apoderada recurrente, no existe mérito alguno para restarle valor probatorio a las declaraciones de los testigos Adriana Marcela Rocha y Luz Adriana Niño, pues si bien sostuvieron que igualmente fueron acusadas de los mismos hechos endilgados a la promotora de este juicio, ese hecho por sí solo, no es suficiente para descalificar su versión o tenerla como sospechosa; contrario a ello, lo que advierte la Sala es que, ellas pertenecieron al mismo equipo de trabajo, desarrollaron las mismas funciones y tenían como jefe inmediato a Fredy Cuitiva, entonces es claro que estas deponentes tienen conocimiento directo y pleno de las circunstancias fáctica en las que se desarrolló el despido de la señora Alcalá.

Dichas declarantes afirmaron que, a través del aplicativo instalado en sus celulares corporativos únicamente podían realizar la toma de los pedidos de los clientes visitados y generar la correspondiente factura, sin que esta pudiera ser objeto de modificación por parte de ellas, puesto que, cuando se debía aplicar un descuento o una promoción, esta debía ser informada Fredy Cuitiva, quien procedía a efectuar los ajustes correspondientes, limitándose las vendedoras únicamente a imprimir la correspondiente factura.

Ahora bien, tal y como lo referenció el representante legal de la demandada y el testigo Ricardo Rojas Cala, las ofertas y las promociones eran determinadas por la Junta Directiva de la empresa, luego eran comunicadas al Gerente Comercial, quien a su vez, trasmitía estas directrices a los Supervisores, siendo el destinatario final de estas disposiciones los vendedores, quienes no contaban con los medios técnicos, como ya se dijo, ni decisorios para alterar los valores comerciales asignados a los productos distribuidos por Doña Leche Alimentos S.A.

Como si lo anterior fuera poco, nótese que no existe ni un solo reporte documentado, que demuestren que efecto se realizaron hallazgos contables que demuestran los desfalcos a los que aluden los testigos de la empresa demandada, así como su representante legal.

De manera que, con los argumentos planteados en precedencia, es claro para esta Corporación que, el finiquito contractual del que fue objeto la promotora del litigio se torna injustificado, en tanto que la convocada a juicio no logró demostrar las justas causas que le endilgó a esta para dar por terminado el contrato, carga procesal que a ella le correspondía (art. 166 CGP); por lo tanto, resulta procedente la indemnización por despido solicitada por la parte actora en la forma establecida en el literal a) del artículo 64 del C.S.T., modificado por la Ley 789 de 2002, que corresponde a 30 días por el primer año y 20 adicionales por cada uno de los años de servicio subsiguientes al primero.

Teniendo en cuenta que el contrato de trabajo tuvo una duración de 2 años, 5 meses y 8 días, y que el último salario devengado por la trabajadora fue de \$1.006.697, según declaración del juez de instancia, sobre la cual las partes no efectuaron reparo alguno, le corresponde a la accionante como indemnización, la suma de \$1.956.347,84, la cual debe ser indexada hasta el momento en que se haga efectivo su pago, conceptos a los que será condenada la parte demandada.

Daño moral

Sobre el particular, se debe advertir que, si bien, se demostró que la terminación del contrato de trabajo no tuvo una justa causa, lo cierto es que dentro del trámite del proceso no han sido demostrada la causación de perjuicios irrogados a la parte actora con el fenecimiento de la relación laboral y mucho menos que, como consecuencia de los hechos debatidos en juicio, la demandante se encuentre imposibilitada para optar por una oferta laboral.

Aunado con la anterior, la génesis de esta petición, son las presuntas malas referencias dada por la sociedad demandada, respecto de quien fue su trabajadora;

no obstante lo anterior, se debe advertir que no existe ni un solo medio de convicción, que demuestre que ello haya sido así, mucho menos que la encartada haya ejecutado acciones o represalias en su contra, tendientes a cerrar las posibilidades dentro del mercado laboral, lo cual se quedó en la mera afirmación de la actora en tal sentido.

En este orden, al pretender la demandante la reparación de perjuicios, tenía la carga de allegar al proceso los medios de prueba que acrediten, como primera medida, la causación del daño y al no haber sido ello así, se deberá confirmar la decisión apelada.

COSTAS

No se condena en costas en esta instancia, como quiera que prosperó de manera parcial el recurso de apelación formulado por la parte acora.

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR parcialmente la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y dos Laboral del Circuito de Bogotá, el 18 de mayo de 2021, para en su lugar, condenar a la sociedad Doña Leche Alimentos S.A. a pagar a favor de JANNY NORELLA ALCALÁ LOZANO, una vez ejecutoriada esta providencia, la suma de \$1.956.347,84 por concepto de indemnización por despido sin justa causa, monto que debe ser indexado hasta el momento de su pago efectivo, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada.

TERCERO: Sin costas.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

República de Colombia



Libertad y Orden

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

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	11001310503520210027001
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	YOLANDA CECILIA TORRES MONTES
DEMANDADO	- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES - ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

En Bogotá D. C. a los veintiocho (28) días del mes de abril de dos mil veintitrés (2023), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA:

ANTECEDENTES

Pretende la señora Yolanda Cecilia Torres Montes que se **declare** la ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida (en adelante RPM) al de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS) realizado a través de la AFP Porvenir S.A. por la omisión al deber de información en que incurrió este fondo privado al momento en que se efectuó el traslado. Solicita igualmente que se declare para todos los efectos que nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y que, por lo mismo, siempre permaneció en el RPM. En consecuencia, que se **condene** esta AFP a retornar a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de su afiliación como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos, intereses, con los rendimientos que se hubieren causado, sin lugar a descuento alguno o deterioros sufridos por el bien administrado, como lo son las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, incluso, por los gastos de administración en que hubiere incurrido, debidamente indexados. Adicionalmente, solicita que se condene a

Colpensiones a admitir el traslado de régimen y a reconocer la pensión de vejez cuando cumpla los requisitos previstos por la Ley. Finalmente, pretende que se **condene** a las demandadas a lo que resulte probado ultra y extra petita, a las costas y agencias en derecho.

Como hechos fundamento de las pretensiones (f.º 1- 48 archivo 01, carpeta 1ª inst. exp. digital), señaló en síntesis, que nació el 26 de abril de 1965, que se afilió al ISS hoy Colpensiones el 11 de abril de 1985, lugar en el que estuvo afiliada de manera ininterrumpida hasta el mes octubre de 1998, cotizando un total de 522,28 semanas; que en octubre de ese mismo año, fue influenciada por funcionarios de Porvenir S.A. a efectos de que se trasladara al RAIS. Expuso que los argumentos utilizados por el personal de Porvenir S.A. para inducir su traslado fueron que en fondo podría pensionarse cuando ella lo decidiera, de manera anticipada; que era su mejor opción pensional; que el ISS iba a quebrar por sus malos manejos y que su mesada pensional sería del doble que la podría obtener en el ISS.

Afirmó que, los asesores de la AFP omitieron su deber de proporcionar una información veraz, suficiente y comprensible, respecto de las nefastas consecuencias que le traerían el traslado de régimen y que esta entidad no impartió ninguna información a efectos de que ella fuese consiente de las verdaderas implicaciones que conllevaba el traslado de régimen.

Manifestó que, el 17 de marzo de 2021, solicitó a Porvenir S.A. la declaratoria de ineficacia del formulario de afiliación a través del cual se trasladó al RAIS, que mediante oficio del 15 de abril de 2021, esta entidad despachó desfavorablemente su solicitud y, que, el 23 de marzo de 2021, presentó solicitud en igual sentido ante Colpensiones, la cual también fue contestada con una negativa.

Resaltó que, desde el mes de octubre hasta la fecha ha realizado aportes a su cuenta de ahorro individual por valores cercanos a los cuatro salarios mínimos legales mensuales vigentes, que cuenta con un total de 1530 semanas cotizadas en ambos regímenes al 21 de abril de 2021; que de conformidad con proyección pensional efectuada por Porvenir S.A. en diciembre de 2020, su mesada pensional sería de un salario mínimo y que por el contrario, en el RPM su pensión ascendería a \$2.734.827. Expuso que Porvenir S.A. omitió al momento de la afiliación trasladarle una información exacta y precisa sobre su mesada pensional, por lo que era claro que no pudo tomar una decisión informada que se acompasara con sus reales intereses.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (f°1 a 26 archivo 23, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que la demandante nació el 26 de abril de 1965; que para el 01 de abril de 1994, estaba afiliada al ISS hoy Colpensiones, que había presentado solicitud de nulidad de traslado el 23 de marzo de 2021 y que este requerimiento fue contestado de manera negativa. Respecto de los demás supuestos fácticos, los negó o manifestó no constarle.

Como excepciones de mérito, propuso las de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica.

La **AFP PORVENIR S.A.** contestó (f°1 a 26 archivo 23, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que la demandante nació el 26 de abril de 1965; que actualmente se encuentra vinculada a esta entidad en donde desde el octubre de 1998, ha cotizado de manera ininterrumpida; que en el año 2020, Porvenir S.A. le efectuó una proyección pensional a la demandante; que el 17 de marzo de 2021, esta solicitó la declaratoria de nulidad de la afiliación y que la misma había sido negada; que la actora había cotizado 522,28 semanas a RPM; que para el 21 de abril de 2021, contaba con un total de 1007,71 semanas cotizadas ante Porvenir S.A. y que tenía un total de 1530 semanas de cotización. Los restantes supuestos fácticos, los negó. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de obligación y buena fe.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 16 de mayo de 2022 (archivo 32 y 35 carpeta 1ª inst. exp. digital), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado efectuado YOLANDA CECILIA TORRES MONTES, al régimen de Ahorro Individual con Solidaridad con la AFP PORVENIR S.A., y como consecuencia de ello, se ordena a dicho fondo, a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, todos los aportes, sumas adicionales de aseguramiento, frutos e intereses junto con sus rendimientos.

SEGUNDO: CONDENAR a la AFP PORVENIR S.A a pagar con su propio patrimonio, la disminución en el capital de financiación de la pensión de la demandante por los gastos de administración, conforme al tiempo que este permaneció afiliado en el fondo privado, tal como se advirtió en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a volver a afiliar a YOLANDA CECILIA TORRES MONTES al régimen de prima media con prestación definida y recibir todos los aportes que ésta hubiese efectuado a la administradora de pensiones y cesantías PORVENIR S.A.

CUARTO: CONDENAR EN COSTAS a la demandada AFP PORVENIR S.A., por lo tanto, se señalan como agencias en derecho a su cargo la suma de \$1.000.000, suma que se incluirá en la respectiva liquidación de costas, sin costas a cargo de COLPENSIONES.

QUINTO: En caso no ser apelada la presente decisión se remitirá el proceso al Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral para que se estudie en grado jurisdiccional de consulta.

SEXTO: Se niega la solicitud de pensión reclamada por la parte demandante en los términos indicados en la parte motiva de la presente decisión.
(...)

El Juzgado de primera instancia, **basó su decisión fundamentalmente** en que la señora Yolanda Cecilia Torres Montes, se trasladó del RPM al RAIS a través de la AFP Porvenir a partir del 01 de diciembre de 1998; que en principio, aplicando únicamente lo previsto en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003, la demandante no tendría derecho a efectuar el traslado de régimen.

No obstante, indicó a reglón seguido que la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, ha desarrollado una línea jurisprudencial que se recopila, entre otras, en las sentencias SL-145-2021 y SL4388-2020, en la que ha determinado una serie de subreglas para declarar la ineficacia de un traslado de régimen pensional. Resaltó que la primera subregla consiste en que el afiliado, al momento de trasladarse, debe expresar su consentimiento informado, de manera que si este manifiesta que no existió tal consentimiento, se invierte la carga de la prueba para que sea el fondo el que deba acreditar que el afiliado sí contó con tal información, debido a que es obligación de estas entidades demostrar que no existió asimetría en la información y que el trabajador tenía todos los elementos de juicio necesarios para tomar una decisión. También identificó como subregla que, imponer leyendas en los formularios de afiliación da cuenta del consentimiento sin vicio del afiliado, pero no demuestra que el tal consentimiento hubiese sido informado, lo cual sólo se cumple si se exponen todas las alternativas del traslado junto con sus condiciones favorables y desfavorables.

Señaló que, el deber de información al momento del traslado entre regímenes era una obligación que correspondía a las administradoras de fondos de pensiones y su

ejercicio debía ser de tal diligencia, que permitiera comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión.

Agregó que, le correspondía a Porvenir S.A. demostrar que al momento del traslado de régimen de la demandante le suministró información clara, completa y comprensible sobre los beneficios y desventajas del cambio de régimen, o si le informó sobre los riesgos y efectos negativos de su decisión, pues recordó que conforme a la línea jurisprudencial que desarrolla la materia, 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, 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, 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; que 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.

Aclaró que, aunque estaba demostrado que la demandante era jefe de recursos humanos, ello no la hacía experta los regímenes pensionales, como lo ha determinado la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral en sentencias de personas que podrían considerarse conocedoras del tema y, en todo caso, indicó que el cargo de la demandante no sustraía a la AFP de cumplir con su deber de información.

Advirtió que, Porvenir S.A. no cumplió con su carga de demostrar que brindó una ilustración a la actora en los términos antes señalados al momento del traslado de régimen, esto es, previo o durante la firma del formulario vinculación, lo que conllevaba a la ineficacia del traslado al RAIS, realizó a través de esa AFP. Adicionalmente, condenó a esa AFP a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiese recibido con ocasión de la afiliación de la actora junto con los frutos e intereses, los rendimientos que se hubiesen causado, descuentos a fondos de pensión mínima, sin descontar valor alguno por comisiones y gastos de administración y con cargo a sus propios recursos. Correlativamente, condenó a Colpensiones deberá a afiliar nuevamente a la actora.

Frente al reconocimiento de la pensión de vejez, indicó que con la sentencia se estaba declarando la ineficacia del traslado de régimen pensional y, en este sentido, Colpensiones no contaba con los aportes de la accionante que le permitan analizar el cumplimiento de los requisitos para reconocer tal prestación. Por ello, determinó, fundamentado en el principio de autocomposición del Estado en virtud del cual las entidades estatales deben tener la posibilidad de estudiar un caso antes de recurrir a la acción judicial.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia, solicitando que fuera revocada en su integridad con base en los siguientes argumentos: que omitió tener en cuenta la Juez en este caso no se cumplen los presupuestos del artículo 271 de la Ley 100 de 1933, debido a que Colpensiones fue ajena al acto de afiliación y al cumplimiento del deber de información a cargo de la AFP a la luz de normas vigentes para 1998; que también pasó por alto la calidad profesional de la demandante, quien confesó que era jefe de personal; que en este caso, cualquier vicio del consentimiento se encuentra saneado debido a que la actora ha decidido voluntariamente permanecer en el RAIS. Resaltó que, no se tuvo en cuenta la jurisprudencia de la Corte Constitucional contenida en las sentencias SU062-2010 y SU130-2013, según la cual nadie puede resultar subsidiado por los aportes de otro e indicó que el traslado afectaba la sostenibilidad financiera de Colpensiones, toda vez que el ahorro que tenía la accionante en el fondo privado no alcanza para financiar su pensión en el RPM. Manifestó que, de mantenerse la decisión de primera instancia, solicitaba se autorizara a Colpensiones para obtener por las vías ordinarias los perjuicios causados por asumir la obligación pensional de la demandante en los montos no previstos y sin las reservas para tal fin.

La **AFP PORVENIR S.A.** interpuso recurso de apelación, solicitando que fuera revocada en su integridad, para lo cual argumentó que el Juzgado analizó inadecuadamente el artículo 271 de la Ley 100 de 1933, lo que lo llevó a entender en forma equivocada que el deber de información hace parte del requisito de la esencia del acto de la afiliación, cuando lo que realmente se tiene que determinar es si existió o no un proceder doloso o culposo de Porvenir S.A., cuestión que en este caso no ocurrió pues la demandante aceptó haber firmado voluntariamente el formulario de afiliación. Resaltó que, tampoco se tuvo en cuenta que la demandante durante el

tiempo que estuvo afiliada no cuestionó tal vinculación, de manera que corresponde a un acto de ratificación por permanecer tanto tiempo en el régimen.

Alegó que, el Juez no tuvo en cuenta la calidad de profesional de la demandante y que ella tenía la obligación de informarse acerca de su futuro pensional, de manera que no es cierto que toda la carga de la prueba la deba asumir la AFP. Frente a la condena a devolver los gastos de administración, indicó que el Juzgado desconoce la naturaleza jurídica de Porvenir S.A. entidad que debe cobrar por la administración de los recursos de las cuentas de los afiliados y que, de ordenarse el reembolso de estos dineros generaría un enriquecimiento sin justa causa para el Colpensiones porque estaría accediendo a unos recursos por una administración que jamás desarrolló.

CONSIDERACIONES

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

PROBLEMA JURÍDICO

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

En el presente asunto no es materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: *i)* que la señora Yolanda Cecilia Torres nació el 26 de abril de 1965; *ii)* que se afilió al ISS donde aportó desde el 11 de abril de 1985, hasta el 30 de noviembre de 1999, cotizando un total de 553,14 semanas (f°43 archivo 27 carpeta 1ª inst. exp. digital); y *iii)* que el 19 de octubre de 1998, solicitó el traslado al RAIS mediante la suscripción de un formulario de vinculación con la AFP Porvenir S.A., el cual se hizo efectivo a partir del 1° de diciembre de 1998 (f.° 28 y 36, archivo 23, carpeta 1ª inst. exp. digital), donde ha venido cotizando hasta la fecha.

INEFICACIA DEL TRASLADO

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

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

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

cualquiera de los regímenes pensionales sea libre y voluntaria conforme lo ordena el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 (CSJ SL755-2022, CSJ SL3349-2021 y CSJ SL1565 - 2022).

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

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

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

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

Así las cosas, en cuanto al deber de información exigible a las AFP, se ha considerado que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en

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

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

Así, para la fecha en la que la accionante se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad **-01 de diciembre 1998-**, la obligación de la AFP se enmarcaba en el primer periodo, según el cual debía entregar información suficiente y transparente que le permitiera elegir *«libre y voluntariamente»* la opción que mejor se ajustara a sus intereses (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019), conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 -posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003-, lo cual implicaba la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

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

Ahora bien, aun cuando en el expediente obra el formulario de solicitud de afiliación de la AFP, de él solo se advierte la fecha de su diligenciamiento, los datos personales y laborales de la accionante, de modo que únicamente da cuenta de una exigencia requerida para el ingreso de un afiliado con la fórmula pre-impresa en la

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

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

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

En cuanto al reparo formulado por ambas apelantes, en virtud del cual se alega que el A quo no tuvo en cuenta el carácter profesional de la demandante, quien era Jefe de Recursos Humanos encuentra esta Sala no está llamado a prosperar. Ello en razón que del cargo ocupado por la señora Yolanda Cecilia Torres en modo alguno puede deducirse que, para el momento en que solicitó el traslado, esta conocía en detalle el funcionamiento de los regímenes pensionales, las ventajas y desventajas de pertenecer a cada uno y el impacto que ello tendría en su futuro pensional. Acabe agregar, que la promotora del litigio no era financiera ni pertenecía a la fuerza de trabajo de las administradoras, por lo que no tenía el carácter de profesional en el asunto. Mucho menos puede considerarse que esta situación podría sustraer a la AFP de su obligación de informar adecuadamente las implicaciones del cambio de

afiliación. Sobre el particular, cabe traer a colación lo establecido por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en sentencia CSJ SL1729-2022:

Ahora bien, y contrario a lo afirmado por el ad quem, las alusiones y afirmaciones que giran en torno a la profesión de la demandante no tienen asidero en este tipo de controversias, pues, como ha sido reseñado por esta Sala, ni aun trabajando en el sector, los profesionales financieros tienen el conocimiento, la experiencia y la comprensión sobre el sistema pensional, y a partir de ello no podría colegirse que se excluya del deber del fondo de pensiones la obligación de brindar información sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, y las consecuencias del traslado (CSJ SL3349-2021).

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

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

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

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

*La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, **sumas adicionales de la aseguradora**, con todos sus frutos e intereses como los*

dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

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

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

Por lo tanto, se hace necesario adicionar la sentencia de primer grado, en el sentido de condenar a la AFP Porvenir S.A., a pagar con su propio patrimonio, los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados, toda vez que el a quo omitió ordenar en su totalidad la devolución de los mismos, como lo dispone la sentencia en cita, pues como se dijo, estos hacen parte de la cuenta de la demandante y con ellos es claro, que habrá de financiarse las prestaciones a que haya lugar por parte de Colpensiones.

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

Por último, respecto de la autorización que solicita Colpensiones para ejercer acciones judiciales para reclamar perjuicios, advierte la Sala que esa entidad de encuentra en la libertad de interponer las acciones que considere necesarias en pro

de resarcir los perjuicios que considere ocasionados, lo que constituye un derecho de la misma que no requiere de orden judicial.

PRESCRIPCIÓN

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

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

COSTAS

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

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR EL NUMERAL SEGUNDO de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en el sentido de **CONDENAR** a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, a pagar con su propio patrimonio y trasladar a Colpensiones, los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de Colpensiones, y AFP Porvenir. Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de Colpensiones, y AFP Porvenir, la suma de \$1.160.000 a cada una.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

República de Colombia



Libertad y Orden

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

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	110013105036202000472-01
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	CARLOS ALBERTO TORRES SANZ
DEMANDADO	- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES - ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A.

En Bogotá D. C. a los veintiocho (28) días del mes de abril de dos mil veintitrés (2023), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA:

ANTECEDENTES

Pretende el señor **CARLOS ALBERTO TORRES SANZ** se **declare** ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida (en adelante RPM) al de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS) realizado a través de la AFP Protección, por omisión al deber de información, en consecuencia, se ordene a esa AFP trasladar a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido en razón a su afiliación como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado; se **ordene** a Colpensiones tenerlo como afiliado del RPM y actualizar su historia laboral; y se **condene** a las demandadas ultra y extra petita, y a las costas y agencias en derecho.

Como hechos fundamento de las pretensiones (carpeta 01, carpeta 1ª inst. exp. digital), señaló en síntesis, que nació el 15 de mayo de 1958, que se afilió al ISS el 18 de noviembre de 1985; que el 1º de agosto de 1994 se produjo su traslado al

RAIS a través de la AFP Protección, que los asesores de ese fondo le dijeron que debido a la reforma de la Ley 100 de 1993 y a problemas financieros del ISS su expectativa de recibir realmente una pensión se vería comprometida, que le indicaron que en el RAIS se podía pensionarse a cualquier edad y con un monto mejor que el que alcanzaría en el entonces ISS dada la capacidad de ahorro que aparentemente tenía en ese momento, que no le entregaron un estudio técnico en donde se le mostrara las ventajas y desventajas de su traslado de régimen, ni tampoco lo relacionado con el monto de su pensión, en especial la diferencia real entre su pensión proyectada en el RPM y el RAI, que no le entregaron el reglamento de funcionamiento de esa administradora, entre otras cosas, y que por esas razones había aceptado el cambio de régimen.

Expuso que la mesada pensional proyectada por la AFP Protección una vez alcance 62 años es de aproximadamente \$2.385.000, mientras que en el RPM sería superior a \$4.360.000; que en noviembre de 2020 solicitó ante Colpensiones la ineficacia del traslado al RAIS y su vinculación al RPM, pero que esa entidad negó lo petitionado.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (Carpeta 05 carpeta 1ª inst. exp digital) oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento del actor, que estuvo afiliado al RPM, que se trasladó a RAIS y que agotó la reclamación administrativa; frente a los demás indicó que no le constaban por corresponder a terceros. Propuso como excepciones de fondo las de, la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de régimen, inexistencia de causal de nulidad o ineficacia de traslado, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política), buena fe, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, aplicabilidad de la sentencia CSJ SL 373 de 2021, e innominada o genérica.

La **AFP PROTECCIÓN** contestó (Carpeta 04 carpeta 1ª inst. exp digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento del actor, y que se afilió a esa AFP el 12 de julio de 1994; frente

a los demás indicó a unos que no le constaban por corresponder a un tercero y a otros que no eran ciertos. Aclaró, que le brindó al demandante una información oportuna, clara, suficiente y comprensiblemente todas las características del RPM frente a las del RAIS, que también le explicaron las consecuencias del traslado, las modalidades de pensión y le hicieron un comparativo pensional entre ambos regímenes al momento de la afiliación, para que el pudiese tomar una decisión responsable, a partir del conocimiento de todos los escenarios posibles, y que fue él quien eligió cambiarse de régimen, y que fue informado objetivamente sobre todas las características de ambos regímenes, señalando los siguientes aspectos: i) cuenta de ahorro individual vs fondo común; ii) capital acumulado vs requisitos de edad y semanas de cotización; iii) garantía de pensión mínima en RAIS; y iv) devolución de saldos vs indemnización sustitutiva.

Formuló como excepciones de fondo, las de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, e innominada.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 28 de junio de 2022 (carpeta 15 carpeta 1ª inst. exp. digital), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA del traslado efectuado por el señor CARLOS ALBERTO TORRES SANZ del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, que se hizo efectivo el 1º de agosto de 1994 a través de la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

SEGUNDO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., normalizar la afiliación del actor en el Sistema de Información de los Afiliados a los Fondos de Pensión SIAFP y trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-, los valores descontados de la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluidos los rendimientos y bonos pensionales, lo recaudado por concepto de gastos de administración y comisiones, los costos de las primas de los seguros previsionales y los aportes realizados al fondo de garantía de pensión mínima, sumas que deberán ser debidamente indexadas.

TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a recibir e imputar, una vez recibidos los aportes a la historia laboral de la demandante.

CUARTO: DECLARAR no probada la excepción de prescripción.

(...)

El Juzgado de primera instancia, fijó como problema jurídico determinar si el traslado del RPM al RAIS era válido en razón al deber de información. **Basó su decisión fundamentalmente** en que se encontraba probado que el actor se trasladó del RPM al RAIS el 12 de julio de 1994 con efectividad a partir del 1° de agosto de igual año a través de la AFP Protección.

Precisó que para la fecha en que el demandante suscribió el formulario de traslado al RAIS con la AFP Protección en el año 1994, ya existía una obligación legal para los fondos de pensiones de suministrar al potencial afiliado información clara, precisa y congruente en torno al cambio de régimen pensional. Explicó que conforme el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 los afiliados debían elegir el régimen pensional de manera libre y voluntaria, y que a partir de allí se había desarrollado el deber de información como se leía en el artículo 97 del Decreto 663 de 1993, el cual citó textualmente.

Expuso que con el paso del tiempo se han expedido normas que han vuelto a ese deber de información más riguroso, pero que, en este puntual asunto, dada la fecha de traslado de régimen 1994 el mismo debía observarse en su primera etapa.

Expuso que sobre el punto de discusión existía una jurisprudencia clara y sólida por parte de la Corte Suprema de Justicia en la cual inicialmente se había analizado la viabilidad de declarar la nulidad del traslado cuando las AFP faltaran a ese deber de información, citó entre otras las sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008 rad. 31989, CSJ SL, 22 nov. 2011, rad. 33083, CSJ SL12136-2014, y CSJ SL447-2017, extrayendo de la primera que las AFP 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. Indicó que la jurisprudencia se rectificó para señalar que la omisión al deber de información lo que acarreaba era la ineficacia del traslado y no la nulidad (sentencia CSJ SL 1452-2019, CSJ SL4360-2019, CSJ SL 373-2020, CSJ SL 373-2021, CSJ SL1217-2021, CSJ SL 782-2021 y CSJ SL1055-2022).

Explicó que la amplia línea jurisprudencial ha fijado unas reglas, las cuales son: i) no es necesario demostrar un perjuicio o menoscabo económico; ii) la sola firma del formulario de afiliación aprobado por la Superfinanciera no exime ni es indicativo de que el afiliado recibió la información suficiente, pues tal formalismo no excusa a las AFP de

cumplir con sus deberes; iii) no es posible aplicar las reglas de la nulidad, es decir, exigir al afiliado que demuestre los vicios del consentimiento, porque la consecuencia jurídica de la afiliación sin el consentimiento informado es la ineficacia o exclusión de todos los efectos jurídicos del traslado; iv) las AFP tiene la carga de probar que suministraron información suficiente clara y veraz a sus afiliados al momento de la vinculación; v) pese a que el afiliado reciba re asesoría la oportunidad para recibir la información es al momento del traslado de régimen pensional y no con posterioridad a él; y vi) la ineficacia no se entiende saneada por el paso del tiempo o por su ratificación por traslados horizontales.

Indicó que para la data en que se hizo el traslado de régimen pensional, ya existía ese deber legal de suministrar al promotor del litigio información necesaria para que existiera transparencia en la decisión, pues debía brindar al demandante los elementos de juicio claros y objetivos, no obstante, Protección no habían aportado ningún elemento de juicio que llevara al convencimiento de que al señor Torres se le hubiese suministrado información necesaria, pertinente y conducente para que ésta tomara una decisión informada en un asunto neurálgico como lo era el cambio de régimen pensional, pues si bien había allegado el formulario de afiliación este no daba cuenta de la información suministrada para ese momento, y la reasesoría otorgada con posterioridad no convalidaban la omisión en la que se había incurrido al momento del traslado. Que de esa manera y acorde con los lineamientos jurisprudenciales declarararía la ineficacia del traslado de régimen pensional.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES interpuso recurso de apelación argumentando que la firma del formulario de afiliación a Protección en 1994 era totalmente valida porque se hizo de forma libre y sin presiones, por lo que solicita estudiar este asunto de forma particular pues al actor al momento de vincularse al RAIS no tenía una expectativa legítima de pensionarse con el ISS además de que había sido debidamente reasesorado.

Solicitó se de aplicación a la sentencia CSJ SL 3752-2020 donde se indicó que los actos de relacionamiento de los afiliados suponen cierto conocimiento respecto de los regímenes pensionales, sus beneficios, ventajas, desventajas y modo de operar, encontrándose que la realización de los mismos significa que tiene la firme convicción de querer pertenecer al RAIS.

Señaló que con la reasesoría brindada al demandante por parte de Protección se puede concluir que su voluntad era la de permanecer en el RAIS y no retornar a Colpensiones, pues tuvo la oportunidad de regresar y no lo hizo. También presente la aplicación a la sentencia CSJ SL373-2021, ya que, si bien el actor aún no tiene reconocida la calidad de pensionado, lo cierto era que ya superaba la edad de pensión y cumplía con los requisitos para acceder a una prestación por vejez en el RAIS, además que en esa providencia se indicó que los fondos privados que omitieron cumplir con el deber de información deben resarcir los daños causados a los afiliados reparando los perjuicios a los que haya lugar y no generando un detrimento a tercero, como en este caso lo sería Colpensiones.

Refirió que, aunque en el año 1994 el demandante no hubiese recibido una asesoría adecuada por parte del fondo privado con respecto a las características de cada régimen pensional, esa situación se saneó por el paso del tiempo, porque el señor Torres estuvo varios años en el RAIS sin estar inmersa en la prohibición del artículo 2 de la Ley 797 de 2003, teniendo tiempo de sobra para indagar sobre su futuro pensional y optar por retornar al RPM si eso era lo que en verdad quería, más aun cuando este tuvo una reasesoría por parte de la AFP y siguió prefiriendo quedarse en ese régimen.

Advirtió que aun cuando la AFP regrese al RPM todos los aportes del actor, el principio de la sostenibilidad financiera se vería afectado una vez Colpensiones tenga que reconocerle la pensión de vejez, luego era viable aplicar la prohibición legal consagrada en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, en aras de garantizar este principio.

Finalmente, recurre la condena en costas impuesta por considerar que ella no fue vencida en juicio, en tanto la pretensión de ineficacia del traslado de régimen estaba dirigida solo a la AFP, y ella fue vinculada únicamente como la entidad que debe recibir al actor.

La **AFP PROTECCIÓN S.A.** no interpuso recurso alguno.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación presentado por Colpensiones, así como en el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última entidad en lo no apelado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del CPTSS.

PROBLEMA JURÍDICO

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

En el presente asunto no es materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: *i)* que el señor CARLOS ALBERTO TORRES SANZ nació el 15 de mayo de 1958; *ii)* que se afilió al ISS el 18 de noviembre de 1985 y hasta el 31 de diciembre de 1994; y *iii)* que se trasladó a la AFP Protección mediante formulario firmado el **12 de julio de 1994**, con fecha de efectividad a partir del 1° de agosto de 1994 de igual año (carpeta 07, carpeta 1ª inst. exp. digital) donde permanece en la actualidad.

INEFICACIA DEL TRASLADO

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

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

los archivos del fondo, dado que es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento, y finalmente explicó que no era razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación tienen una clara preeminencia respecto al afiliado lego, a tal punto que la legislación considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros (artículo 11, literal b), Ley 1328 de 2009) (CSJ SL1452-2019).

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

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

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

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

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

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

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

Así, para la fecha en la que el accionante se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad –**12 de julio de 1994**–, la obligación de la AFP se enmarcaba en el primer periodo, según el cual debía entregar información suficiente y transparente que le permitiera elegir «libre y voluntariamente» la opción que mejor se ajustara a sus intereses (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019), conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del

Decreto 663 de 1993 -posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003-, lo cual implicaba la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

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

Ahora bien, aun cuando en el expediente obra el formulario de solicitud de afiliación de la AFP suscrito el **12 de julio de 1994**, de él solo se advierte la fecha de su diligenciamiento, los datos personales y laborales del accionante, de modo que únicamente da cuenta de una exigencia requerida para el ingreso de un afiliado con la fórmula pre-impresa en la casilla destinada a la firma, sin que del mismo pueda concluirse que dicha AFP cumplió con el deber de suministrar al afiliado una ilustración suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna sobre las implicaciones de abandonar el esquema de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras.

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

Ahora, también es oportuno recordar los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados, o porque le realizaron una reasesoría como en este asunto, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Se aclara que en este asunto no es aplicable la sentencia CSJ SL373-2021 porque allí lo que se indicó fue que pese a encontrarse probado que la AFP no cumplió con su deber de información no podía retornarse al demandante al RPM porque ya ostentaba la calidad de pensionado del RAIS, es decir, tenía una situación jurídica consolidada que no era razonable revertir o retrotraer, y en este asunto el señor Torres es afiliado, no pensionado y pese a que hipotéticamente tenga un derecho adquirido, lo que no puede retrotraerse es la calidad de pensionado en el RAIS, la cual en este asunto no está reconocida aún.

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

la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, pudiéndose traer a colación la sentencia CSJ SL1467-2021, en la que adocrinó:

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

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

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

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

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

Cabe agregar, que por vía jurisprudencial se ha aceptado que los fondos de pensiones también deben devolver a Colpensiones las «*primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos*» (CSJ SL1055-2022, entre muchas otras).

En consecuencia, se confirmará la decisión del a quo frente a la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen realizado con fecha de efectividad 1° de agosto de 1994 al RAIS a través de la AFP Protección, con todas las consecuencias jurídicas impuestas en primera instancia.

Lo anterior, no genera ningún detrimento ni un desequilibrio para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, dado que, la ineficacia del traslado de régimen de la demandante implica, como ya se dijo, la devolución de todos los dineros por ella

aportados al RAIS más sus rendimientos, frutos e intereses que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de esta de **manera íntegra** a COLPENSIONES, declaración que trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original (CSJ SL 4911-2019).

PRESCRIPCIÓN

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

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

COSTAS EN PRIMERA INSTANCIA

En cuanto a la condena en costas a Colpensiones en primera instancia, cabe mencionar que la misma es procedente, toda vez que el numeral 1° del artículo 365 del CGP establece de manera clara que debe ser condenado en costas la parte vencida en el proceso, luego al resultar dicha entidad vencida en juicio, además de haber presentado oposición a las pretensiones de la demanda, es natural que sea condenada en costas.

COSTAS

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

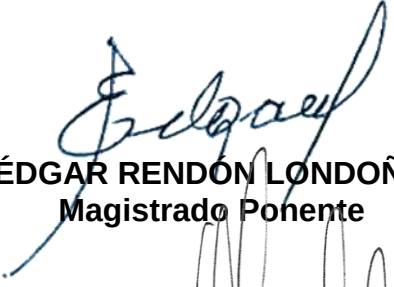
En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR en su totalidad la sentencia apelada y consultada proferida por el Juzgado 36 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de Colpensiones. Se fijan como agencias en derecho la suma de \$1.160.000 para cada una.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

República de Colombia



Libertad y Orden

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

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	110013105039201900843-01
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	ELENA DEL CARMEN RESTREPO ÁLVAREZ
DEMANDADO	- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES - ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN - ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR

En Bogotá D. C. a los Veintiocho (28) días del mes de febrero de dos mil veintitrés (2023), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA:

ANTECEDENTES

Pretende la señora **ELENA DEL CARMEN RESTREPO ÁLVAREZ** se **declare** la nulidad del traslado del régimen de prima media con prestación definida (en adelante RPM) al de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS) realizado a través de la AFP Porvenir, y las posteriores vinculaciones a otras AFP, por omisión al deber de información. En consecuencia, se **condene** a Porvenir y a Protección a trasladar a Colpensiones todos los valores que hubiesen recibido con motivo de su afiliación, como cotizaciones bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del CC, esto es, con los rendimientos que se hubiesen causado; se **ordene** a Colpensiones activar su afiliación en el RPM; se **condene** a las demandadas a lo que resulte probado ultra y extra petita, a las costas y agencias en derecho.

Como hechos fundamento de las pretensiones (carpeta 1, carpeta 1ª inst. exp. digital), señaló en síntesis, que nació el 22 de diciembre de 1960; que se afilió al ISS y realizó aportes desde el 25 de enero de 1982; que en el año 1996, cuando se encontraba trabajando para la Cooperativa Financiera Coopferias recibió asesoría personalizada de los asesores de Porvenir, quienes le informaron que el ISS se acabaría y solo tendría la opción de los fondos privados; que las condiciones de su pensión serían mucho mejor que las que le ofrecía el ISS; que podía pensionarse a la edad que quisiera; que la función de ese asesor era netamente comercial por lo que no tenía conocimiento de los dos regímenes pensionales para poder asesorar a los afiliados y darle un buen consejo; que confiando en lo informado el 27 de septiembre de 1996 tramitó la afiliación a ese fondo.

Narró que, en 1997, se vinculó a la AFP Protección pero que no le informaron sobre los dos regímenes pensionales, y que retornó a Porvenir a través del formulario de fecha 08 de abril de 2003; que en esa oportunidad tampoco recibió una asesoría que le permitiera tomar decisiones consientes sobre su futuro pensional.

Indicó que, solicitó ante Colpensiones se autorizara la nulidad del traslado al RAIS, pero que esa entidad inicialmente le contestó que se encontraba en multiafiliación, y posteriormente que no era viable acceder a su petición; que igualmente pretendió ante Porvenir y Protección la nulidad del traslado y el suministro de todos los documentos soporte de su afiliación, y que esas dos AFP le negaron lo solicitado y además Porvenir le realizó una simulación pensional.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (Carpeta 11, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento de la actora; que esta estuvo afiliada al ISS y agotó la reclamación administrativa; frente a los demás, indicó que no le constaban por corresponder a terceros. Propuso como excepciones de fondo, las de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica.

La **AFP PORVENIR S.A.**, contestó (carpeta 04, carpeta 1ª inst, exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, refirió a unos que no le constaban por corresponder a un tercero o que no eran ciertos. Aclaró que, el promotor comercial brindó información clara, precisa, veraz y suficiente, acerca de las condiciones, características y funcionamiento de este, tal como se observa en la declaración escrita a que se refería el literal e) del artículo 114 de la Ley 100 de 1993, documento público que se presume auténtico en los términos de los artículos 243 y 244 del CGP y el parágrafo del artículo 54 A del CPTSS.

Sostuvo que, las condiciones para el reconocimiento del derecho a la pensión de vejez en el régimen de ahorro individual se encontraban establecidas en el artículo 64 de la Ley 100 de 1993, en el que se expresa que depende exclusivamente de los aportes y rendimientos que genere el afiliado en su cuenta de ahorro individual teniendo en cuenta el capital acumulado que deberá superar el 110% de un salario mínimo legal mensual vigente; que le garantizó el derecho de retracto, como lo dispuso inicialmente el artículo 3º del Decreto 1161 de 1994, el literal e) del artículo 13 original de la Ley 100 de 1993, con la modificación introducida por el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, reglamentado por el Decreto 33800 del mismo año, ya que el 14 de enero de 2004, publicó en el diario el Tiempo un comunicado de prensa en el que informó la posibilidad con que contaban los afiliados para trasladarse entre regímenes de conformidad con las modificaciones efectuadas por la Ley 797 de 2003.

Formuló las excepciones de fondo de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica.

La **AFP PROTECCION S.A.**, contestó (carpeta 07, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento de la actora; que presentó derecho de petición, el cual contestó negando lo solicitado; frente a los demás, indicó a unos que no le constaban por corresponder a un tercero, o que no eran ciertos. Aclaró que, al momento de la afiliación de la actora le suministro toda la información necesaria para que ella pudiera tomar una decisión responsable, en donde se le plantearon todos los escenarios posibles y la misma tuviera la facultad de elegir; que le explicaron las características de ambos regímenes y los requisitos para poder adquirir la pensión en uno y otro; que también le respondieron todas las inquietudes que se le presentaron respecto al tema para que en ese sentido hubiera claridad sobre la decisión que se estaba tomando; que fue ella quien finalmente realizó el traslado de manera libre de engaño, sin presión alguna, voluntaria y espontánea y sin configurarse ningún tipo de vicio del

consentimiento tal y como se evidencia con la firma plasmada en el formulario de vinculación inicial.

Formuló como excepciones de fondo, las de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, aplicación del precedente sobre los actos de relacionamiento al caso concreto sentencia CSJ SL3752-2020, traslado de aportes a Porvenir y la innominada.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 19 de mayo de 2022 (carpeta 20, carpeta 1ª inst. exp. digital), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR que el traslado que hizo la señora ELENA DEL CARMEN RESTREPO ÁLVAREZ del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad con efectividad a partir del 01 de diciembre de 1994 a través de la administradora de fondos de pensiones PORVENIR S.A., es ineficaz y por ende, no produjo ningún efecto jurídico, por lo tanto, se debe entender que la actora jamás se separó del régimen de prima media, situación que se aplica a todas las demás afiliaciones que se hicieron al interior del régimen de ahorro individual, declarándose la ineficacia de las mismas, esto es la afiliación que se realizó de PROVENIR S.A. a PROTECCIÓN S.A. y PROTECCIÓN S.A. a PORVENIR S.A., como se explicó en la parte motiva.

SEGUNDO: CONDENAR a PORVENIR S.A., a que transfiera al régimen de prima media con prestación definida, todas las sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con rendimientos y comisiones por administración (éstas últimas debidamente indexadas, como se dijo en la parte motiva), desde la fecha de afiliación de la demandante, esto es, el 01 de noviembre de 1996 hasta el 30 de septiembre de 1997 y desde el 1 de junio de 2003 hasta que se haga efectivo el traslado, y, sin que le sea dable descontar alguna suma de dinero por seguros de invalidez y sobrevivientes o para la garantía de la pensión mínima, con destino al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES.

TERCERO: CONDENAR a PROTECCIÓN S.A. a que transfiera al régimen de prima media con prestación definida, todas las sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con rendimientos y comisiones por administración (éstas últimas debidamente indexadas), durante el tiempo que se encontró afiliada la demandante, esto es, desde el 01 de octubre de 1997 hasta el 31 de mayo de 2003, y sin que le sea dable descontar alguna suma de dinero por seguros de invalidez y sobrevivientes o para la garantía de la pensión mínima, con destino al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES.

CUARTO: ORDENAR a COLPENSIONES que reciba los dineros a los cuales se ha hecho referencia en los numerales segundo y tercero, y que reactive la afiliación de la demandante al régimen de prima media con prestación definida y sin solución de continuidad.

QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por la parte demandada.

SEXTO: INFORMAR a COLPENSIONES que puede iniciar las actuaciones civiles para obtener el pago de los perjuicios que puedan causarse con el acto que se declara ineficaz, por parte de PROTECCIÓN S.A., y PORVENIR S.A.

(...)

Fundamentó su decisión, en que el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecía que la selección de uno cualquiera de los regímenes pensionales era libre y voluntaria por parte del afiliado, so pena de incurrir en las sanciones del artículo 271 de la misma ley, la cual puntualmente era dejar sin efecto la respectiva afiliación.

Sostuvo que, la decisión libre y voluntaria, no se trataba simplemente de plasmar la firma en un formulario de afiliación, sino que iba más allá, pues antes de firmar la AFP debió entregarle la información suficiente y transparente a ese afiliado, esto es, que sea objetiva (neutra), comparada entre los dos regímenes pensionales, y comprensible en el entendido que el potencial afiliado es un lego en materia pensional. Explicó que siempre debía analizarse el caso concreto del posible afiliado, pues no bastaba con hacer una asesoría sobre aspectos generales, y además la información entregada debía ser clara, comprensible y oportuna, aclarando que la oportunidad era al momento del cambio de régimen o estando la persona vinculada a una AFP en cualquier momento previo a la prohibición legal de cambio de régimen.

Expuso que, la carga de la prueba en estos casos le correspondía a la AFP conforme el artículo 1604 del CC, por cuanto la demostración de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo, es decir, a quien ofrece el servicio, pues este es el experto en la materia y de acuerdo con el artículo 167 del CGP, que estipula que las negaciones indefinidas no requieren prueba, correspondiéndole probar el hecho positivo a la parte contraria, argumento que fundó en la sentencia CSJ SL5680-2021.

Advirtió que, en este caso ni Protección ni Porvenir cumplieron con la carga probatoria que le imponían las normas, ya que al proceso no se arrió ninguna prueba que evidencie que para 1996, cuando se hizo el cambio de régimen pensional, Porvenir le hubiese brindado una información suficiente y transparente, carga que tampoco se acreditó por parte de Protección al momento de surtir ese traslado horizontal en

1995, concluyendo que a la actora no se le había ilustrado sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

Explicó que, si bien Protección no influyó en el cambio de régimen pensional, esta sí tenían la obligación del artículo 271 de la Ley 100 de 1993, como es la de preservar una afiliación eficaz; que en ese orden al momento de la vinculación debieron explicarle detalladamente a la actora las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de pertenecer al RPM o al RAIS. Agregó que, en este caso no se podía aplicar la sentencia CSJ SL3752-2020 de la Sala de Descongestión de la CSJ, porque en sentencia CSJ SL1055-2022 la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral dejó claro en los casos de ineficacia del traslado no se aplicaba la teoría de actos de relacionamiento.

Indicó que, pese a que la demandante hubiese firmado un formulario de afiliación que cumplía con lo requerido por la Superfinanciera, el cual se presume auténtico; no obstante, de este no se podía tener por demostrado el deber de información, porque allí solo estaba consignada información básica y nada se explicaba de las características de los dos regímenes pensionales, ni de un análisis concreto del caso de la afiliada. Que del interrogatorio de parte se evidenciaba que la información a ella dada por los asesores de Protección y Porvenir fueron sobre unas pocas características del RAIS como por ejemplo que podría tener una pensión anticipada, pero no se le desarrolló cada una de ellas, ni se le puso de presente las particularidades del RPM, para que ella pudiese tener la posibilidad de evaluar cuál de los dos regímenes le convenía más.

Concluyó que, declarararía la ineficacia del traslado de régimen realizado en 1996 a Porvenir, y advirtió que el traslado horizontal a Protección y luego el retorno a Porvenir realizado por la promotora del litigio de ninguna manera subsanaba o avalaban la ineficacia del traslado inicial, para lo cual citó la sentencia CSJ SL3199-2021.

RECURSO DE APELACIÓN

La **AFP PROTECCIÓN** interpuso recurso de apelación argumentando que el literal b) del artículo 60 de la Ley 100 de 1993, consagraba que una parte de los aportes se capitalizará en la cuenta individual de ahorro pensional de cada afiliado, y la otra se destinará al pago de primas de seguros para atender las pensiones de invalidez y de sobrevivientes y la asesoría para la contratación de la renta vitalicia, financiar el Fondo

de Solidaridad Pensional y cubrir el costo de administración del Régimen, por ende, desde la creación del RAIS se destinó un porcentaje preciso a cada necesidad, entonces devolver ese costo con cargo a sus propias utilidades constituiría una sobre remuneración injustificada porque las gestiones de administración en efecto generaron unos rendimientos financieros que son únicos del RAIS.

Señaló que, los descuentos para el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, los gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafín, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes, fueron autorizados por la ley y se destinaron a esos conceptos, siendo entregados a otras entidades, por lo que se encuentra imposibilitada para devolver esos rubros, por lo que de asumirlo de sus propios recursos le generaría un detrimento afectando el equilibrio económico del sistema.

La **AFP PORVENIR** sustentó su recurso de apelación afirmando que el traslado de la demandante al RAIS era válido, pues ella no solo suscribió vinculación con Porvenir sino que también lo hizo con Protección y finalmente retornó a Porvenir, y para esa época 1996, el único documento que se exigía era el formulario de afiliación, la asesoría se hacía de forma verbal y no habían más exigencias para dejar documentada dicha asesoría, sumado a que la actora tuvo dos asesorías y de cada uno de los fondos aquí demandados recibió información y fue ella quien finalmente seleccionó la AFP a la que quería pertenecer.

Señaló que, se está afectando el principio de la confianza legítima en el sentido que la señora RESTREPO en 1996, 1997 y 2003, suscribió formularios de afiliación, que hoy se están desconociendo; que la actora desde 1996, pertenece a ese fondo, y allí ha realizado cotizaciones y actuaciones permitiendo que se administren sus recursos generando así rendimientos financieros que le benefician; que si la voluntad de ella no era pertenecer al RAIS debió adelantar las gestiones y trámites pertinentes para regresar al RPM, más sin embargo ratificó su voluntad al quedarse en esa AFP.

Sostuvo que, la actora se encuentra inmersa en la prohibición legal de que trata el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, que indicaba que el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez, y pese a que tuvo la oportunidad para retornar al RPM no lo hizo. Insistió en que la señora RESTREPO también tenía unas obligaciones que debía cumplir como consumidora financiera, entre ellas asesorarse del negocio jurídico a celebrar, máxime que se trataba de su futuro pensional. Añadió que, lo único que

motivaba esta acción era el valor de la mesada pensional y no que se le hubiese vulnerado su derecho a elegir libre y voluntariamente régimen pensional.

Advirtió que, en este caso no era procedente la devolución de los gastos de administración, las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes, y lo destinado al fondo de garantía mínima, porque gracias a esos recursos el capital de la demandante había generado unos rendimientos financieros, además, estos no hacen parte del capital que financia la pensión de vejez y por ello son objeto de prescripción; que ordenarse remitir a Colpensiones el capital con los rendimientos más los gastos de administración, genera un enriquecimiento sin causa en favor de esa entidad.

COLPENSIONES sustento su recurso de alzada en que la demandante no cumple con los requisitos para trasladarse de régimen pensional, además que no acreditó que las AFP le hubiesen inducido en engaño, ni ella teniendo las oportunidades para regresar al RPM lo hizo, y por el contrario si lleva más de 20 años en el RAIS por ende debe asumir las consecuencias de sus propias decisiones.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación presentado por las AFP Protección, Porvenir y Colpensiones, así como en el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última en lo no apelado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del CPTSS.

PROBLEMA JURÍDICO

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

En el presente asunto no es materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: *i)* que la señora **ELENA DEL CARMEN RESTREPO ÁLVAREZ** se afilió al ISS donde aportó desde el 25 de enero de 1982, hasta el 31 de mayo de 1996, un total de 277,57 semanas según historia laboral expedida por Colpensiones el 16 de noviembre de 2021 (carpeta 11, carpeta 1ª inst, exp. Digital); *ii)* que el **27 de**

septiembre de 1996, se trasladó al RAIS mediante la suscripción de un formulario de vinculación con la AFP Porvenir, el que se hizo efectivo a partir del 1° de noviembre de igual año (carpeta 04, carpeta 1ª inst. exp. Digital); **iii)** que realizó un traslado horizontal mediante la firma de un formulario con la AFP Colmena hoy Protección el 15 de agosto de 1997, el que se hizo efectivo a partir del 1° de octubre de igual año (carpeta 07, carpeta 1ª inst. exp. Digital); y **iv)** que retornó a la AFP Porvenir con la suscripción de un formulario el 08 de abril de 2003, que se hizo efectivo a partir del 1° de junio de igual año, donde se encuentra actualmente (carpeta 04, carpeta 1ª inst. exp. Digital).

INEFICACIA DEL TRASLADO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Así, para la fecha en la que la accionante se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad –27 de septiembre de 1996-, la obligación de la AFP se enmarcaba en el primer periodo, según el cual debía entregar información suficiente y transparente que le permitiera elegir «libre y voluntariamente» la opción que mejor se ajustara a sus intereses (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019), conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 -posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003-, lo cual implicaba la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

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

Ahora bien, aun cuando en el expediente obra el formulario de solicitud de afiliación de la AFP Porvenir suscrito el 27 de septiembre de 1996, de él solo se advierte la fecha de su diligenciamiento, los datos personales y laborales del accionante, de modo que únicamente da cuenta de una exigencia requerida para el ingreso de un afiliado con la fórmula pre-impresa en la casilla destinada a la firma, sin que del mismo pueda concluirse que dicha AFP cumplió con el deber de suministrar al afiliado una ilustración suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna sobre las implicaciones de abandonar el esquema de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras.

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

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

En consonancia con lo antes señalado, debe resaltar la Sala que, desde la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, se ha sostenido que, una vez acreditada la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual, el acto jurídico no se torna en

eficaz por los cambios que los afiliados hagan entre administradoras privadas o **porque no hayan expresado inconformidad alguna con el sistema habiendo permanecido en el mismo**, lo que ha sido reiterado entre otras en las providencias CSJ SL2877-2020, CSJ SL1942-2021, CSJ SL1949-2021 y CSJ SL1623-2022.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Cabe agregar, que por vía jurisprudencial se ha aceptado que los fondos de pensiones también deben devolver a Colpensiones las «*primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos*» (CSJ SL1055-2022, entre muchas otras); como en este caso, ello fue ordenado por el juez de primer nivel, se **confirmará** la decisión de primer grado.

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

PRESCRIPCIÓN

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

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

COSTAS

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

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia consultada y apelada emitida por Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá el 19 de mayo de 2022.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de las demandadas Porvenir, Protección y Colpensiones. Se fijan como agencias en derecho la suma de \$1.160.000 para cada una.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada


ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

República de Colombia



Libertad y Orden

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

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	110013105039202100242-01
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	CLAUDIA LUCÍA BUITRAGO YEPES
DEMANDADO	- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES - ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. - ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

En Bogotá D. C. a los Veintiocho (28) días del mes de febrero de dos mil veintitrés (2023), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA:

ANTECEDENTES

Pretende la señora **CLAUDIA LUCÍA BUITRAGO YEPES** se **declare** la ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida (en adelante RPM) al de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS) realizado a través de la AFP Colmena hoy Protección, y las posteriores vinculaciones a otras AFP, por omisión al deber de información. En consecuencia, se **condene** a Porvenir a trasladar a Colpensiones el monto total existente de todo lo ahorrado en su cuenta individual, junto con los rendimientos, intereses y demás frutos generados, como también los gastos de administración y demás rubros que hubiese recibido a título de cotizaciones; se **ordene** a Colpensiones activar su afiliación en el RPM; se **condene** a las demandadas a lo que resulte probado ultra y extra petita, a las costas y agencias en derecho.

Como hechos fundamento de las pretensiones (carpeta 1, carpeta 1ª inst. exp. digital), señaló en síntesis, que cotizó para los riesgos de IVM inicialmente en el Instituto de Seguros Sociales, hoy COLPENSIONES; que a partir de marzo de 1995, fue trasladada sin consentimiento informado del RPM al RAIS a la AFP Colmena hoy AFP Protección entidad a la cual continuó cotizando, y que ella realizó el cambio de fondo a Porvenir donde se encuentra en la actualidad.

Narró que, el traslado de régimen pensional no se surtió en debida forma, pues no le proporcionaron la respectiva ilustración y/o información sobre las implicaciones que el cambio de régimen conlleva, no le hicieron cálculos ni proyecciones respecto a su futuro pensional; que el asesor de Porvenir le afirmó que el ISS se iba a acabar y perdería las cotizaciones efectuadas a ese fondo; y que al momento del cambio de régimen no le dieron información completa, clara y fehaciente respecto de las consecuencias legales y económicas que tendría el cambio de régimen pensional.

Indicó que, mediante derecho de petición solicitó ante Protección y ante Porvenir toda la documentación relativa al traslado y las constancias de los cálculos efectuados, las explicaciones brindadas, el documento contentivo del derecho de retracto y la carta que soportara que le habían informado el periodo de gracia contemplado en la Ley 797 del 2003, para poder regresar al RPM, pero que ninguna de las dos entidades dio respuesta; que el 27 de abril de 2021, radicó en COLPENSIONES solicitud de tener por nulo el traslado de régimen pensional efectuado, y la aceptación de su afiliación al RPM, pero que el 27 de abril de 2021, le contestaron manifestándole que no era procedente dar trámite a la solicitud presentada.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (Carpeta 09, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que esta estuvo afiliada al ISS y que agotó la reclamación administrativa; frente a los demás, indicó que no le constaban por corresponder a terceros. Propuso como excepciones de fondo, las de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad

alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica.

La **AFP PROTECCION S.A.**, contestó (carpeta 10, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, únicamente aceptó que se había radicado derecho de petición en sus instalaciones el 27 de abril de 2021; frente a los demás, indicó a unos que no le constaban por corresponder a un tercero, o que no eran ciertos. Aclaró que, le brindó a la demandante una asesoría integral y completa respecto a todas las implicaciones de su decisión, sin omitir información e indicando claramente todas las características, regulaciones del RAIS y su funcionamiento, así mismo los rasgos diferenciadores respecto al RPM señalando con total claridad que la forma de construir la pensión en uno y otro son distintas y excluyentes; que entre las características explicadas estaba: i) cuenta de ahorro individual vs fondo común; ii) capital acumulado vs requisitos de edad y semanas de cotización; iii) garantía de pensión mínima en RAIS; y iv) devolución de saldos vs indemnización sustitutiva.

Formuló como excepciones de fondo, las de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, aplicación del precedente sobre los actos de relacionamiento al caso concreto sentencia CSJ SL3752-2020, traslado de aportes a Porvenir y la innominada.

La **AFP PORVENIR S.A.**, contestó (carpeta 13, carpeta 1ª inst, exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, refirió a unos que no le constaban por corresponder a un tercero o que no eran ciertos. Aclaró que la vinculación de la demandante al RAIS se hizo a través de la AFP Colmena hoy Protección, y posteriormente se firmó formulario de vinculación a Porvenir el 24 de marzo de 1995, en el cual se evidencia su libre escogencia del RAIS después de haber recibido información, clara, precisa, veraz y suficiente, acerca de las condiciones, características y funcionamiento de este, tal como se observa en la declaración escrita a que se refería el literal e) del artículo 114 de la Ley 100 de 1993, documento público

que se presume auténtico en los términos de los artículos 243 y 244 del CGP y el parágrafo del canon 54 A del CPTSS.

Sostuvo que, para la fecha en la que se produjo la afiliación de la actora a es AFP -1995- no existía la obligación de entregar cálculos o proyecciones acerca de su futuro pensional, en consideración a que esta obligación tan solo surgió a partir de la publicación del Decreto 1748 de 2014. E informó que en la Ley 100 de 1993, se encontraban las condiciones de afiliación, traslado, cotización y reconocimiento de prestaciones tanto en el régimen de prima media con prestación definida como en el régimen de ahorro individual con solidaridad. Formuló las excepciones de fondo de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 19 de mayo de 2022 (carpeta 19, carpeta 1ª inst. exp. digital), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR que el traslado que hizo la señora CLAUDIA LUCÍA BUITRAGO YEPES del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad con efectividad a partir del 01 de diciembre de 1994 a través de la administradora de fondos de pensiones PROTECCIÓN S.A., es ineficaz y por ende, no produjo ningún efecto jurídico, por lo tanto, se debe entender que la actora jamás se separó del régimen de prima media, situación que se aplica a todas las demás afiliaciones que se hicieron al interior del régimen de ahorro individual, declarándose la ineficacia de las mismas, esto es la afiliación que se realizó de PROTECCIÓN S.A. a PORVENIR S.A., como se explicó en la parte motiva.

SEGUNDO: CONDENAR a PORVENIR S.A., a que transfiera al régimen de prima media con prestación definida, todas las sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con rendimientos y comisiones por administración (éstas últimas debidamente indexadas, como se dijo en la parte motiva), desde la fecha de afiliación de la demandante, esto es, el 01 de abril de 1995 y hasta que se haga efectivo el traslado, y, sin que le sea dable descontar alguna suma de dinero por seguros de invalidez y sobrevivientes o para la garantía de la pensión mínima, con destino al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES.

TERCERO: CONDENAR a PROTECCIÓN S.A. a que transfiera al régimen de prima media con prestación definida, todas las sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con rendimientos y comisiones por administración (éstas últimas debidamente indexadas), durante el tiempo que se encontró afilada la demandante, esto es, desde el 01 de diciembre de 2008 hasta el 31 de marzo de 1995, y sin que le sea dable descontar alguna suma de dinero por seguros de invalidez y sobrevivientes o para la garantía de la pensión mínima, con destino al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES.

CUARTO: ORDENAR a COLPENSIONES que reciba los dineros a los cuales se ha hecho referencia en los numerales segundo y tercero, y que reactive la afiliación de la demandante al régimen de prima media con prestación definida y sin solución de continuidad.

QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por la parte demandada.

SEXTO: INFORMAR a COLPENSIONES que puede iniciar las actuaciones civiles para obtener el pago de los perjuicios que puedan causarse con el acto que se declara ineficaz, por parte de PROTECCIÓN S.A., y PORVENIR S.A.

Fundamentó su decisión, en que el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecía que la selección de uno cualquiera de los regímenes pensionales era libre y voluntaria por parte del afiliado, so pena de incurrir en las sanciones del artículo 271 de la misma ley, la cual puntualmente era dejar sin efecto la respectiva afiliación.

Sostuvo que, la decisión libre y voluntaria, no se trataba simplemente de plasmar la firma en un formulario de afiliación, sino que iba más allá, pues antes de firmar la AFP debió entregarle la información suficiente y transparente a ese afiliado, esto es, que sea objetiva (neutra), comparada entre los dos regímenes pensionales, y comprensible en el entendido que el potencial afiliado es un lego en materia pensional. Explicó que siempre debía analizarse el caso concreto del posible afiliado, pues no bastaba con hacer una asesoría sobre aspectos generales, y además la información entregada debía ser clara, comprensible y oportuna, aclarando que la oportunidad era al momento del cambio de régimen o estando la persona vinculada a una AFP en cualquier momento previo a la prohibición legal de cambio de régimen.

Expuso que, la carga de la prueba en estos casos le correspondía a la AFP conforme el artículo 1604 del CC, por cuanto la demostración de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo, es decir, a quien ofrece el servicio, pues este es el experto en la materia y de acuerdo con el artículo 167 del CGP, que estipula que las negaciones indefinidas no requieren prueba, correspondiéndole probar el hecho positivo a la parte contraria, argumento que fundó en la sentencia CSJ SL5680-2021.

Advirtió que, en este caso ni Protección ni Porvenir cumplieron con la carga probatoria que le imponían las normas, ya que al proceso no se arrimó ninguna prueba que evidencie que para 1994, cuando se hizo el cambio de régimen pensional, Protección le hubiese brindado una información suficiente y transparente, carga que tampoco se acreditó por parte de Porvenir al momento de surtir ese traslado horizontal en 1995, concluyendo que a la actora no se le había ilustrado sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

Explicó que, si bien Porvenir no influyó en el cambio de régimen pensional, esta si tenían la obligación del artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que era preservar una afiliación eficaz, y que en ese orden al momento de la vinculación debieron explicarle detalladamente a la actora las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de pertenecer al RPM o al RAIS. Agregó que, en este caso no se podía aplicar la sentencia CSJ SL3752-2020 de la Sala de Descongestión de la CSJ, porque en sentencia CSJ SL1055-2022 la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral dejó claro que en los casos de ineficacia del traslado no se aplicaba la teoría de actos de relacionamiento.

Indicó que, pese a que la demandante hubiese firmado un formulario de afiliación que cumplía con lo requerido por la Superfinanciera, el cual se presume auténtico, no obstante, de este no se podía tener por demostrado el deber de información, porque allí solo estaba consignada información básica, y nada se explicaba de las características de los dos regímenes pensionales, ni de un análisis concreto del caso de la afiliada. Y que del interrogatorio de parte se evidenciaba que la información a ella dada por los asesores de Protección y Porvenir solo se limitó a que el ISS iba a desaparecer, sin dar detalle alguno del RPM o del RAIS.

Concluyó que, declarararía la ineficacia del traslado de régimen realizado en 1994 a Colmena hoy Protección, y advirtió que el traslado horizontal a Porvenir realizado por la promotora del litigio de ninguna manera subsanaba o avalaban la ineficacia del traslado inicial, para lo cual citó la sentencia CSJ SL3199-2021.

RECURSO DE APELACIÓN

La **AFP PROTECCIÓN** interpuso recurso de apelación argumentando que en virtud del artículo 244 de la CGP el formulario de afiliación es un documento al cual no se le puede restar valor probatorio, porque para la época de la afiliación año 1994 la información se entregaba de forma verbal y el único requisito exigido era ese formulario.

Sostuvo que, la actora se encuentra inmersa en la prohibición legal de traslado entre regímenes pensional consagrada en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003; además que, ella tenía unas obligaciones como consumidor financiero las cuales no acreditó, tales, como informarse, cerciorarse, observar las instrucciones y/o recomendaciones, encontrando por parte de esa AFP respuesta oportuna.

Señaló que, en este caso eran evidentes los actos de relacionamiento, pues realizó un traslado horizontal entre administradoras del RAIS, teniendo nuevamente una asesoría de los regímenes pensionales, e insistió en que se debe aplicar la sentencia CSJ SL3752-2020 la cual citó en extenso.

Frente a la devolución de gastos de administración y seguros previsionales, dijo que estos ya fueron causados y girados a entidades diferentes a la AFP, por ende, dicho pago debe recaer sobre el patrimonio de Protección lo que generaría un enriquecimiento sin causa en favor de la demandante y en detrimento de esa AFP, toda vez que el reconocimiento de perjuicios es de índole civil y aquí en la fijación del litigio estos no se incluyeron.

La **AFP PORVENIR** sustentó su recurso de apelación afirmando que el traslado de la demandante al RAIS es válido, pues ella no solo suscribió vinculación con Porvenir sino que previamente lo había hecho con Colmena hoy Protección, y para esa época 1994-1995, el único documento que se exigía era el formulario de afiliación, la asesoría se hacía de forma verbal y no habían más exigencias para dejar documentada dicha asesoría, sumado a que la actora tuvo dos asesorías y de cada uno de los fondos aquí demandados recibió información y fue ella quien finalmente seleccionó la AFP a la que quería pertenecer.

Señala que, se está afectando el principio de la confianza legítima en el sentido que la señora Buitrago en 1994 y 1995, suscribió formularios de afiliación, que hoy se están desconociendo; que la actora desde 1995, pertenece a ese fondo, y allí ha realizado cotizaciones y actuaciones permitiendo que se administren sus recursos generando así rendimientos financieros que le benefician; que si la voluntad de ella no era pertenecer al RAIS debió adelantar las gestiones y trámites pertinentes para regresar al RPM, más sin embargo ratificó su voluntad al quedarse en esa AFP.

Refirió que, la accionante se encuentra inmersa en la prohibición legal de que trata el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, que indicaba que el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez, y pese a que tuvo la oportunidad para retornar al RPM no lo hizo. Insistió en que la señora Buitrago también tenía unas obligaciones que debía cumplir como consumidora financiera, entre ellas asesorarse del negocio jurídico a celebrar, máxime que se trataba de su futuro pensional. Añadió que lo único que motivaba esta acción era el valor de la mesada pensional, y no que se le hubiese vulnerado su derecho a elegir libre y voluntariamente régimen pensional.

Advirtió que, en este caso no era procedente la devolución de los gastos de administración, las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes, y lo destinado al fondo de garantía mínima, porque gracias a esos recursos el capital de la demandante había generado unos rendimientos financieros, además que estos no hacen parte del capital que financia la pensión de vejez y por ello son objeto de prescripción; que ordenarse remitir a Colpensiones el capital con los rendimientos más los gastos de administración, genera un enriquecimiento sin causa en favor de esa entidad.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación presentado por las AFP Protección y Porvenir, así como en el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del CPTSS.

PROBLEMA JURÍDICO

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

En el presente asunto no es materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: *i)* que la señora **CLAUDIA LUCÍA BUITRAGO YEPES** se afilió al ISS donde aportó desde el 26 de febrero de 1990, hasta el 30 de enero de 1995, un total de 251,14 según historia laboral expedida por Colpensiones el 13 de enero de 2022 (carpeta 09, carpeta 1ª inst, exp. Digital); *ii)* que el **25 de noviembre de 1994**, se trasladó al RAIS mediante la suscripción de un formulario de vinculación con la AFP Colmena, el que se hizo efectivo a partir del 1º de diciembre de igual año (carpeta 10, carpeta 1ª inst. exp. Digital); y *iii)* que realizó un traslado horizontal mediante la firma de un formulario con la AFP Porvenir el 24 de marzo de 1995, el que se hizo efectivo a partir del 1º de abril de igual año (carpeta 12, carpeta 1ª inst. exp. Digital), AFP en la que se encuentra actualmente.

INEFICACIA DEL TRASLADO

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

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

Así mismo, ha indicado la Sala de Casación Laboral de la CSJ que el fondo privado cumple con su deber de información cuando la asesoría brindada para el momento en que el afiliado decide trasladarse contiene una información suficiente, transparente, cierta y oportuna, es decir, cuando se hace una adecuada ilustración sobre las características, condiciones, consecuencias, riesgos, ventajas y desventajas de la determinación de cambio de régimen pensional, deber que ha existido desde la creación de las sociedades

administradoras de fondos de pensiones y cuyo cumplimiento permite que la elección de cualquiera de los regímenes pensionales sea libre y voluntaria conforme lo ordena el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 (CSJ SL755-2022, CSJ SL3349-2021 y CSJ SL1565 - 2022).

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

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

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

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

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

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

Así, para la fecha en la que la accionante se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad –25 de noviembre de 1994-, la obligación de la AFP se enmarcaba en el primer periodo, según el cual debía entregar información suficiente y transparente que le permitiera elegir «*libre y voluntariamente*» la opción que mejor se ajustara a sus intereses (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019), conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 -posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003-, lo cual implicaba la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

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

Ahora bien, aun cuando en el expediente obra el formulario de solicitud de afiliación de la AFP Colmena hoy Protección suscrito el 25 de noviembre de 1994, de él solo se advierte la fecha de su diligenciamiento, los datos personales y laborales del accionante, de modo que únicamente da cuenta de una exigencia requerida para el ingreso de un afiliado con la fórmula pre-impresa en la casilla destinada a la firma, sin que del mismo pueda concluirse que dicha AFP cumplió con el deber de suministrar al afiliado una ilustración suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna sobre las implicaciones de abandonar el esquema de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras.

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

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

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

Tampoco podría sostenerse que al haber realizado el afiliado traslados horizontales de un fondo de pensiones a otro, dentro del mismo régimen –actos de relacionamiento-, es porque conocía a cabalidad las características del RAIS y demuestra su voluntad de permanecer en él, toda vez que lo que se debe verificar en

estos eventos, es si al momento de surtirse el cambio inicial de régimen pensional de prima media al RAIS, al asegurado le fue dada la información suficiente para tomar la decisión de traslado, pues si ello no ocurrió, los actos posteriores no conducen a convalidar tal irregularidad. Así se ha dicho por la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia CSJ SL1055-2022, que en lo pertinente dijo:

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

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

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

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

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

Debe hacerse claridad además en que, si bien la actora refirió que su mesada pensional en el RAIS es inferior la que hubiese obtenido en el RPM, lo cierto es que, ello de ninguna manera desvirtúa o subsana la omisión de la AFP en su deber de información a la data de su traslado, pues la validez de dicho acto jurídico depende del consentimiento informado, es decir, de que la AFP hubiese atendido estrictamente o no su deber de información según el momento histórico en que debía cumplirse, supuesto en el que resulta inane si la mesada pensional presenta una presunta diferencia en su cuantía.

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

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

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

Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020 y CSJ SL4811-2020). (Subrayadas fuera del texto original).

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

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

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

Cabe agregar, que por vía jurisprudencial se ha aceptado que los fondos de pensiones también deben devolver a Colpensiones las «*primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos*» (CSJ SL1055-2022, entre muchas otras); como en este caso, ello fue ordenado por el juez de primer nivel, se **confirmará** la decisión de primer grado.

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

PRESCRIPCIÓN

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

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

COSTAS

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

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia consultada y apelada emitida por Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá el 19 de mayo de 2022.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de las demandadas Porvenir y Protección. Se fijan como agencias en derecho la suma de \$1.160.000 para cada una.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

República de Colombia



Libertad y Orden

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

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	11001220500020220092801
CLASE DE PROCESO	RECURSO DE ANULACIÓN
DEMANDANTE	JORGE ECHEVERRI SAAVEDRA
DEMANDADO	EMPRESA COLOMBIANA DE PETRÓLEOS ECOPETROL S.A.

En Bogotá D. C. a los veintiocho (28) días del mes de abril de dos mil veintitrés (2023), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA:

RECONÓCESE personería para actuar al Doctor **GABRIEL ENRIQUE BOHÓRQUEZ GONZÁLEZ**, abogado en ejercicio con T. P. No. 164.639 del C.S. de la J., como apoderado judicial del señor **JORGE ECHEVERRI SAAVEDRA**, con forme al poder conferido.

RECONÓCESE personería para actuar a la Doctora **ROSA MARÍA ESCOBAR NIEVES**, abogada en ejercicio con T. P. No. 122.583 del C.S. de la J., como apoderada judicial de ECOPETROL S.A., con forme al poder general conferido mediante escritura pública.

ANTECEDENTES

El señor **JORGE ECHEVERRI SAAVEDRA**, mediante escrito del 10 de noviembre de 2015, presentó ante Ecopetrol, solicitud de reconsideración del despido sin justa causa del que fue objeto el 4 de noviembre de 2015, la cual fue resuelta de manera desfavorable.

Ante dicha decisión y con base en la misma reclamación, acudió ante el Comité de Reclamos de La Empresa Colombiana de Petróleos – Ecopetrol S.A., pretendiendo que se declare que se “encontraba bajo el amparo de la CLÁUSULA DE ESTABILIDAD LABORAL consagrada en el Artículo 118 de la Convención Colectiva de Trabajo Vigente, que expresamente prohíbe el uso por parte de ECOPETROL S.A. del artículo 8vo del Decreto 2351 de 1965, valga decir, el despido sin justa causa consagrado en el artículo 64 del C.S.T.”; como consecuencia de lo anterior, se declare como “**INEFICAZ** la decisión de dar Por terminado mi contrato de trabajo sin que para ello mediara una justa causa”. Con base en lo anterior, pretende que se ordene su **REINTEGRO** al cargo, con el correspondiente pago de salarios, prestaciones sociales legales y convencionales, aportes al sistema integral de seguridad social

Como fundamento de sus pretensiones, señaló que fue despedido el 4 de noviembre de 2015; que para ese momento acumulaba en la empresa un tiempo de servicios de 15 años, desempeñando como último cargo el de Supervisor II; que para esa data se encontraba afiliado a la Unión Sindical Obrera -USO- y por lo tanto es beneficiario de la Convención Colectiva de Trabajo USO-ECOPETROL 2014-2018, asiéndole derecho a gozar de la CLÁUSULA DE ESTABILIDAD LABORAL consagrada en su artículo 118, el cual reprodujo; que en virtud de dicha disposición la terminación de su contrato de trabajo se torna en ilegal e ineficaz, por lo que le asiste derecho a ser reintegrado (fs. 1 a 7 exp. Físico).

En asunto fue conocido inicialmente por parte del Comité de Reclamos de Barrancabermeja mediante proveído A030 del 9 de febrero de 2016, quien adelantó la etapa probatoria, y posteriormente remitió el mismo al Comité de Reclamos de la ciudad de Bogotá, órgano que mediante auto 1173 del 16 de septiembre de 2021, declaró su competencia para conocer de la reclamación elevada por el demandante (fs. 239 y ss, 391 a 393).

El Comité de Reclamos de Bogotá, mediante providencia del 23 de mayo de 2022, dispuso:

PRIMERO: NEGAR EL REINTEGRO del señor **JORGE ECHEVERRY SAAVEDRA** y en consecuencia **ABSOLVER a ECOPETROL S.A.** de todas las pretensiones de la reclamación con **Radicado No, 1-2015-080-133112** (Estabilidad Laboral Artículo 118 de la Convención Colectiva de Trabajo 2014-2018 e Indemnización por perjuicios materiales) por las razones expuestas en la parte motiva del presente Laudo.

SEGUNDO: DECLARAR probadas las excepciones de méritos: “Eficacia de la terminación del contrato trabajo sin justa causa en virtud de lo establecido en el artículo 64 de/ CS, y “La Cláusula de estabilidad contemplada en el artículo 118 de la CCTV no

aplica en el presente caso", que desvirtúan EL REINTEGRO, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este Laudo Arbitral.

TERCERO: DECLARAR PROBADA PARCIALMENTE la excepción de Falta de Competencia del Comité de Reclamos y en consecuencia, se **DECRETA LA NULIDAD PARCIAL** del presente proceso, enviando las piezas procesales correspondientes al Juez Laboral del Circuito de Barrancabermeja, en aplicación del artículo 138 del Código General del Proceso, para que conozca y decida sobre el reintegro por fuero circunstancial, conforme a lo indicado en el capítulo de competencia Y la parte motiva del presente Laudo.

CUARTO: NOTIFICAR a las partes que contra el presente Laudo Arbitral procede el recurso de anulación previsto en la convención colectiva de trabajo 2018-2022 y en el Procedimiento Comité de Reclamos Capítulo XII del 19 de febrero de 2019, ante la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el cual debe ser interpuesto dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a la notificación del presente Laudo en debida forma'

QUINTO: De no ser recurrido el Laudo Arbitral, archívese por la Secretaría del Comité

Para llegar a dicha conclusión, sostuvo que no se discute la existencia de varias relaciones laborales entre Ecopetrol S.A., y el reclamante, pues se acreditó con el Certificado Laboral (Folio 47 tomo 1), los contratos de trabajo de duración temporal suscritos entre el señor Echeverry Saavedra y la demandada y el último contrato de trabajo a término indefinido cuyo inicio data del 16 de abril de 2007.

Seguidamente, señaló que es menester aclarar que, los sendos contratos de trabajo temporales tuvieron fechas de inicio y fechas finales, por lo que no es viable, que todos los periodos de los contratos de trabajos temporales se sumen o se computen a la duración del contrato de trabajo indefinido suscrito el 16 de abril de 2007. Esto por cuanto, cada contrato laboral fue independiente, autónomo y obedeció a las voluntades de las partes. De tal manera, que no es procedente dar por demostrado la existencia de una relación laboral única como lo solicita el accionante.

Dijo que, adentrándose en la problemática principal de este proceso, esto es: La aplicabilidad o no de la estabilidad laboral convencional deprecada por el accionante, es imperioso decir que, para ser beneficiario de tales prerrogativas, el demandante debió cumplir con todos los presupuestos fácticos previstos en el artículo 118 de la Convención Colectiva de Trabajo 2014-2018, el cual transcribió en lo pertinente así:

"(...)La Empresa, en su ánimo de continuar garantizando a sus trabajadores la estabilidad en las posiciones o empleos, declara que no hará uso del Artículo 8 del Decreto 2351 de 1965, para quienes hayan laborado diez y seis (16) meses o más en forma continua para Ecopetrol S.A. cuando la Empresa dé por terminado el contrato de trabajo a trabajadores de menos de diez y seis (16) meses continuos de servicios, por aplicación del citado Artículo 8 del Decreto 2351, procederá a indemnizar en la siguiente forma (...)

Parágrafo 5. La estabilidad consagrada en este artículo ampara a los trabajadores afiliados a la Unión Sindical Obrera- USO-.

(...)

Parágrafo 7. (...) El artículo 118 con todos sus parágrafos e incisos previstos en el Capítulo XIV de la convención colectiva de trabajo, se continuarán aplicando a los actuales trabajadores que a la fecha de ejecutoria del Laudo Arbitral del 9 de diciembre de 2003 y su sentencia complementaria, tuvieran más de dieciséis (16) meses de servicios a Ecopetrol S.A., dejándose sin efecto (deróguense) esas disposiciones para quienes a la ejecutoria del Laudo tengan menos de dieciséis meses de servicios y para todos los nuevos trabajadores"

Con fundamento en lo anterior, manifestó:

Vale acotar, que por disposición legal este Cuerpo Colegiado le asiste el análisis del texto convencional como fuente de derecho e impera decantar la interpretación del Ibídem, en tanto, que el convenio colectivo de trabajo es la máxima expresión del derecho a la negociación colectiva, garantizado en el artículo 55 de la Constitución Política.

En efecto, al realizar la interpretación del referido texto, se puede inferir que, para la prosperidad de las peticiones del demandante, debe quedar demostrado en el expediente que el Actor tenía una antigüedad mínima de dieciséis (16) meses de servicios continuos a favor de la empresa para la fecha de ejecutoria del laudo arbitral del año 2003.

Empero, al analizar el tiempo de servicios prestado por el demandante para aquella data histórica, se evidencia con la claridad de mil soles, que aquel no contaba con los dieciséis (16) meses de antigüedad prestados sin solución de continuidad y por ende, no le es aplicable el artículo 118 de la Convención Colectiva de Trabajo 2014-2018.

Aunado a lo anterior, es preciso decir, que el reclamante únicamente prestó sus servicios personales de manera continua a partir del 16 de abril de 2007, esto es: Posterior a la Ejecutoria del Laudo Arbitral del 2003.

En consecuencia, no es posible que el demandante se beneficie de la norma convencional pluricitada, por cuanto aquel no cumplió con el requisito de antigüedad y de continuidad exigida por la Convención Colectiva de Trabajo 2014-2018.

La anterior interpretación de la estipulación del convenio colectivo guarda lo que razonablemente cabe entender. Esto, porque conforme al principio general de interpretación jurídica según el cual donde la norma no distingue, no le corresponde distinguir al intérprete, no resultando jurídicamente viable deducir aspectos diferentes a los allí consagrados.

Con base en las anteriores consideraciones, concluyó que quedó demostrado que al reclamante no le asiste el derecho deprecado, en la medida que no satisface los requisitos consagrados en la norma que funda sus pretensiones y, por ende, no lo cobija la estabilidad laboral contenida en el artículo 118 de la CCT 2014-2018, razones por las cuales las peticiones del actor no prosperan (fs. 405 a 414).

RECURSO ANULACIÓN

Inconforme con la decisión anterior, el señor Echeverri Saavedra, a través de apoderado judicial, presentó recurso de anulación el día 3 de junio de 2022, el cual fue concedido por el Comité de Reclamos de esta ciudad (fs. 418 a 427).

Para tal efecto, sostuvo que no resultan validos ni ajustados a derecho los argumentos aducidos por el Comité como fundamento para proferir la decisión que hoy se ataca, pues se determina la existencia de errores o defectos de naturaleza interpretativa o intelectual, y por tanto, la inadecuada aplicación de la CLÁUSULA DE ESTABILIDAD LABORAL consagrada en el Artículo 118 de la CCT, lo que deviene en una violación directa de la Constitución Nacional, por la desatención al principio de favorabilidad de interpretación de la ley, consagrado en su artículo 53, así como de la ley Nacional en lo que respecta al artículo 21 del C.S.T., y el artículo 7 de la CCT; que si bien es cierto, el entendimiento del referido artículo 111, puede sostener dos o más interpretaciones razonables, lo cierto es que, se debe propender por aquella que permita, ser más garantista para el trabajador, por su condición de parte más débil de la relación laboral.

Señaló que, para demostrar lo anterior, basta con entender la historia del hoy artículo 118 de la CCT, el cual, por gracia del Laudo Arbitral del nueve (9) de diciembre del año 2003, sufrió su última modificación, cuando en su momento, era el conocido artículo 121 de la CCT; modificaciones básicamente consistieron, por un lado, el cambio de nomenclatura por supresión de los artículos, pasando de ser el 121 al 118 – hoy conocido, y por el otro, la incorporación por orden del Tribunal de Arbitramento Obligatorio, del último aparte del Parágrafo 7, el cual reza:

*“...El artículo 118 con todos sus párrafos e incisos previstos en el Capítulo XIV de la convención colectiva de trabajo, se continuarán aplicando a los actuales trabajadores que a la fecha de ejecutoria del Laudo Arbitral del 9 de diciembre de 2003 y su sentencia complementaria, **tuvieren más de dieciséis 16 meses de servicios a ECOPETROL S.A.**, dejándose sin efecto (deróguense) esas disposiciones para quienes a la ejecutoria del Laudo tengan menos de dieciséis meses de servicios y para todos los nuevos trabajadores...” (negrillas y subrayados son míos)*

Manifestó que, en este sentido se tiene que el Tribunal de Arbitramento Obligatorio que dirimió el conflicto colectivo de 2003, suscitado entre la USO y ECOPETROL S.A., incorporó al Artículo 121 – hoy 118- convencional, el recién citado aparte, en el que no somete a los trabajadores beneficiarios de ésta cláusula de estabilidad laboral, a condición distinta a la de contar a la fecha de ejecutoria del Laudo Arbitral con más de dieciséis (16) meses de servicios a Ecopetrol, sin distinguir si estos son continuos o discontinuos.

Agregó que, resulta preciso manifestar que en el expediente reposan documentos de vital importancia y que redundan en demostrar los verdaderos alcances del texto

incorporado al parágrafo 7 del artículo 118 convencional que se analiza, por cuanto son estos documentos los que emanan precisamente del Tribunal de Arbitramento Obligatorio que dirimió el conflicto colectivo y por tanto es ley para las partes, y que de paso fue omitida por el Comité de reclamos al proferir el laudo, lo que también es un violación directa del laudo arbitral de 2003, como fuente de derechos, y porque precisamente este desentraña el verdadero espíritu de la norma que se analiza. Nótese qué de la lectura del Laudo Arbitral de 2003, al resolver la denuncia formulada por ECOPETROL S.A., visible en el Expediente Digital Tomo I folio 159, en lo que respecta al entonces artículo 121 - hoy 118- , el Tribunal de Arbitramento Obligatorio aclaró y delimitó el entendimiento que ha de tenerse en cuenta frente al mencionado artículo, interpretando su verdadero espíritu, y por tanto, definiendo definitivamente lo relativo a sus alcances, en lo que respecta a sus beneficiarios o destinatarios, de la siguiente manera:

“...Debe distinguirse entre quienes gozan de ese derecho como trabajadores por haber pasado los dieciséis (16) meses de antigüedad, pues aquellos trabajadores con menos de 16 meses de servicios solo tienen una expectativa, distinción a tener presente al resolver para no afectar los derechos adquiridos de los primeros y reglar a futuro lo pertinente con los demás

*En conjunción con lo referido al estudiar el "sistema de contratación" que comparte en general los mismos argumentos y razones desde dos ópticas aparentemente distintas pero similares y a la vez completamente coincidentes, sin desconocer los principios de equidad y justicia que informan las decisiones, **el Tribunal mantendrá el régimen de estabilidad para los trabajadores de ECOPETROL S.A. que a la ejecutoria del Laudo tengan antigüedades superiores a 16 meses y dejará sin efecto, los artículos 121 y 122 con sus parágrafos e incisos que conforman el Capítulo XIV de la convención colectiva de trabajo, para quienes tuvieran a esa misma fecha, menos de 16 meses de servicios** y para los nuevos trabajadores. Así lo hará constar en la parte resolutive de la decisión...”* (negritas y subrayados son míos)

Acotó que, de la simple lectura de lo considerado por el Tribunal de Arbitramento Obligatorio que tuvo a su cargo el Laudo del 09 de diciembre de 2003, y que no sobra decir, es la base fundante del parágrafo 7 del en ese entonces artículo 121 -hoy 118-, permite inferir que el único requisito que debe cumplir un trabajador para ser beneficiario de la cláusula de estabilidad no es otro que el contar con una antigüedad de 16 meses de servicio, sin hacer reparo si este lapso es o no continuo, Pues para confirmar la anterior hipótesis, y para efecto de despejar cualquier duda, bastaría con realizar el análisis de tanto de la solicitud de aclaración y/o complementación del Laudo Arbitral del 09 de diciembre de 2003, formulada por ECOPETROL S.A. **“frente a la necesidad de precisar los destinatarios del régimen de estabilidad laboral”**, en lo que concierne al artículo 118, y lo resuelto por el Tribunal de arbitramento en este sentido.

Seguidamente añadió:

En lo que concierne a la solicitud de aclaración visible en el expediente digital tomo 11 folio 8, la Sociedad ECOPETROL S.A., manifestó:

“...se observa que con el citado numeral de la parte resolutive del laudo arbitral no se precisó claramente los destinatarios del régimen de estabilidad laboral por cuanto establece: se continuará aplicando a los actuales trabajadores que a la fecha de ejecutoria del Laudo Arbitral del 9 de diciembre de 2003 y su sentencia complementaria, tuvieren más de dieciséis 16 meses de servicios a ECOPETROL S.A...” sin entrar a precisar lo que se debe entender por el tiempo de servicio allí plasmado, claridad que se hace indispensable para aplicar correctamente las indicaciones que regirán los contratos de trabajo en la estatal petrolera, fijadas por la providencia que se ocupa este escrito...”.

Y en lo que concierne a la respuesta a la solicitud de aclaración formulada por ECOPETROL S.A., el Tribunal de Arbitramento Obligatorio profirió el Acto Aclaratorio del Dieciséis (16) de diciembre de 2003, visible en el expediente digital tomo II folio 8, en el que claramente señala:

“... Al revisar el texto del artículo 14 sobre estabilidad laboral sobre el que se solicita aclaración y/o complementación se encontró que la decisión tomada por el Tribunal, se procedió al examen de los antecedentes, las discusiones como las distintas consideraciones tenidas en cuenta para resolver, encontrando que la única regla adoptada es la que aparece indicada en la parte resolutive (“... a los actuales trabajadores que a la fecha de ejecutoria del presente laudo arbitral tuvieren más de dieciséis 16 de servicios a ECOPETROL...”) sin que el organismo de decisión se hubiere ocupado, considerado no tenido en cuenta que los trabajadores que quedarían sujetos a ella fueran los que llevaran 16 meses continuos, **precisión que —como se dijo- no se fue objeto de estudio y mal puede ahora atenderse y, en consecuencia, se rechaza...**”.

(negrillas y subrayado son míos)

Con base en lo anterior, expresó que el referido artículo 118 de la CCT, contiene dos condiciones, que de ser cumplidas, indefectiblemente garantizan la procedencia de la cláusula de estabilidad.

En este orden, la primera condición establece que el fuero de estabilidad laboral aplica *“...para quienes hayan laborado diez y seis (16) meses o más en forma continua para Ecopetrol S.A...”* encontrando entonces que, en efecto el señor JORGE ECHEVERRI SAAVEDRA la cumple a cabalidad, como quiera que, para el momento del despido - Cuatro (04) de Noviembre de 2015-, este acumulaba ampliamente más de dieciséis (16) meses de trabajo en forma continua para Ecopetrol S.A., tal como consta, en la misma certificación laboral emitida por parte de la empresa, y que contiene las fechas de vinculación laboral celebradas por ECOPETROL S.A y el señor JORGE ECHEVERRI SAAVEDRA, que son:

DESDE	HASTA	TIPO CONTRATO
04/09/2000	03/09/2003	Temporal
15/09/2003	13/09/2004	Temporal
23/09/2004	22/09/2005	Temporal
04/10/2005	03/10/2006	Temporal
17/10/2006	08/04/2007	Temporal
16/04/2007	04/11/2015	Indefinido

Adujo que, a su juicio la interpretación más favorable y que debió ser adoptada por el Comité de Reclamos, por ser la que más podría ajustarse al espíritu de la norma, es la que apunta a afirmar, *que el tiempo de trabajo continuo del que hace referencia el inciso primero, debe ser contabilizado desde el momento en que se ha materializado con antelación a la terminación del contrato de trabajo, y de ninguna manera desde el momento en que se hace efectiva la vinculación laboral, pues el espíritu de esta disposición propende en beneficiar a todos aquellos trabajadores que en el decurso de su contrato de trabajo logren acumular más de dieciséis meses de trabajo continuo a favor de ECOPETROL S.A., permitiéndoseles en consecuencia, la aplicabilidad del beneficio de no ser despedidos de manera unilateral y sin justa causa -Artículo 8o. del Decreto 2351 de 1965-.*

Manifestó que, el segundo requisito establece que el fuero de estabilidad laboral aplica ***“...a los actuales trabajadores que a la fecha de ejecutoria del Laudo Arbitral del 9 de diciembre de 2003 y su sentencia complementaria, tuvieron más de dieciséis 16 meses de servicios a ECOPETROL S.A. dejándose sin efecto (deróguense) esas disposiciones para quienes a la ejecutoria del Laudo tengan menos de dieciséis meses de servicios y para todos los nuevos trabajadores...”*** (Negrillas del texto original, encontrando que, en efecto el señor JORGE ECHEVERRI SAAVEDRA también cumple a cabalidad con esta condición como quiera que para el momento en que se dio la ejecutoria del Laudo Arbitral del 9 de diciembre de 2003, esto es, el día 13 de diciembre de 2004, *“mi representado ya contaba dentro de su expediente con vinculaciones laborales que datan del cuatro (04) de Septiembre de 2000, y que superan con creces la exigencia de 16 meses de trabajo a ECOPETROL S.A., sin que para este caso, sea requisito de que sea continuo, por cuanto la norma no lo expresa, y por cuanto, el tribunal de arbitramento así lo consideró al definir los alcances de la cláusula de estabilidad”.*

Conforme a lo expuesto, consideró que es evidente el error en el que incurrió el Comité de Reclamos al interpretar el artículo 118 de la Convención Colectiva de Trabajo tantas veces mencionado; en consecuencia, solicitó se anule el laudo arbitral atacado y se profiera sentencia de reemplazo en la que se accedan a las pretensiones incoadas con la reclamación presentada.

Mediante providencia del 23 de febrero de 2023, se corrió traslado a la accionada por el término legal de tres días, para que presentara alegatos (art. 110 del CGP).

La apoderada de Ecopetrol S.A., presentó escrito de alegatos en el que indicó lo siguiente:

Está probado en el expediente que el señor Echeverri tuvo varias vinculaciones laborales con Ecopetrol S.A., a través de diferentes contratos de trabajo a término fijo. Una vez finalizaban los contratos de trabajo a término fijo, se le pagó la liquidación correspondiente y hubo efectiva interrupción del vínculo. Solo en el año 2007, es decir, el 16 de abril de 2007, el reclamante firmó contrato de trabajo a término indefinido con la empresa.

En el expediente se desvirtúa que el señor Echeverri hubiera tenido una vinculación laboral continúa con Ecopetrol S.A.

DE LA TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO A TÉRMINO INDEFINIDO

El mes de noviembre de 2015 finalizó el contrato de trabajo a término indefinido que el reclamante había suscrito con Ecopetrol en el mes de abril de 2007. Dicha finalización fue sin justa causa, por la facultad consagrada legalmente en cabeza de los empleadores (artículo 64 del CS del T). Al término de esa relación laboral Ecopetrol S.A. realizó y pagó el valor correspondiente a su liquidación y a la indemnización por despido sin justa causa. En razón a que este vínculo se dio en el año 2007, no resulta aplicable la cláusula de estabilidad consagrada en la CCT.

La CCT es clara en su artículo 118 al señalar que:

*“El artículo 118 con todos sus párrafos e incisos previstos en el Capítulo XIV de la Convención Colectiva de Trabajo, **se continuarán aplicando a los actuales trabajadores que a la fecha de ejecutoria del Laudo Arbitral del 9 de diciembre de 2003 y su sentencia complementaria, tuvieron más de dieciséis 16 meses de servicios a ECOPETROL S.A., dejándose sin efecto (deróguense) esas disposiciones para quienes a la ejecutoria del Laudo tengan menos de dieciséis meses de servicios y para todos los nuevos trabajadores**”* Negrilla y subrayado fuera de texto.

La ejecutoria del Laudo arbitral referido en el artículo anterior se dio el 13 de diciembre de 2004, fecha para la cual el reclamante no contaba con una vinculación laboral continua que superara los 16 meses exigidos en la norma.

Por tal razón, no le es aplicable la estabilidad pretendida. En tal, sentido le asiste razón al Comité de Reclamos en el Laudo emitido en este caso al negar el reintegro.

Así las cosas, se concluye que no se dan los presupuestos normativos ni fácticos para que aplicara la estabilidad del artículo 118 de la CCT en el caso del reclamante.

Abuso del derecho: el reclamante elevó la reclamación ante el Comité de Reclamos alegando estabilidad por fuero circunstancial y adicionalmente alegó que tenía estabilidad por el artículo 118 convencional; aunado a esto radicó proceso ordinario laboral en el año 2018 cuyo radicado es 11001310500420180078400, generando así que por una misma causa y pretensión de reintegro se surtan distintos procesos.

Con fundamento en lo anterior, solicitó que se denegaran las pretensiones del demandante.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de anulación interpuesto por el apoderado de la parte actora contra el fallo arbitral, en los precisos términos del recurso de anulación, conforme a los lineamientos previstos en el artículo 66 A del CPTSS.

PROBLEMA JURÍDICO

De conformidad con los antecedentes expuestos, le corresponde a esta Sala de Decisión, determinar lo siguiente: **i)** si el señor Jorge Echeverri Saavedra es destinatario o no de la Cláusula 118 de la Convención Colectiva de Trabajo 2014-2018, suscrita entre ECOPETROL y la USO y, si como consecuencia de ello, hay lugar a ordenar el reintegro al cargo que este desempeñaba.

CONSIDERACIONES PRELIMINARES

Resulta pertinente recordar, que el artículo 116 de la CN, estableció en principio la función de administrar justicia a la *«Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, los tribunales, los jueces y la justicia penal militar»*; no obstante, en esa misma normativa se facultó al Legislador para que particulares también fueran investidos de tal facultad en forma transitoria, entre otras, en la condición de Árbitros, y resolvieran con carácter definitivo y obligatorio determinados conflictos.

El legislativo expidió la Ley 1563 de 2012, a través de la cual *«se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones»*, reguló en forma general el arbitramento; sin embargo, no estableció en su reglamentación una forma particular y concreta, razón por la cual la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha sostenido que esa normativa no tuvo la intención de regular el arbitraje obligatorio o voluntario en materia laboral. Así se dijo en la sentencia CSJ SL3350-2020, que rememoró la providencia CSJ AL2314-2014, las que fueron reiteradas en el fallo CSJ SL2963-2022. En la primera de estas se puntualizó:

[...] resalta la Sala que parte de la normativa invocada como fundamento para las causales de anulación del Laudo es la Ley 1563 de 2012, «por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones», sobre cuya aplicabilidad en el campo laboral ya se ha pronunciado, excluyendo tal posibilidad en la medida en que dicho precepto no tuvo por finalidad regular el arbitraje en materia laboral, tal como en su momento lo determinó la Corporación en la providencia CSJ AL2314-2014, 12 mar. 2014, rad. 62867:

Al respecto, debe comenzar la Sala por precisar que, la Ley 1563 de 2012 no tuvo la intención de regular el arbitraje laboral, muestra de ello es que su articulado no de señas de reformas al arbitraje obligatorio o voluntario, como tampoco diga nada sobre la composición e integración de los tribunales de arbitramento en asuntos del trabajo, el procedimiento arbitral, las facultades del tribunal y su ámbito de competencia, los efectos jurídicos y la vigencia de los fallos arbitrales, entre otros aspectos de vital importancia para el Derecho Colectivo del Trabajo.

Lo anterior nos lleva a concluir que las normas sobre arbitramento laboral contenidas en el Código Sustantivo del Trabajo y el Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social mantienen su plena vigencia, al no haber sido derogadas expresa o tácitamente por la Ley 1563 de 2012, muy a pesar de que el artículo 119 de la referida ley señale que regula íntegramente la materia de arbitraje.

Acorde con el anterior lineamiento jurisprudencial, el marco normativo con el cual corresponde decidir sobre el recurso de anulación, es el reglado en el Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, siendo del caso precisar que la decisión que se adopte mediante este mecanismo alternativo de solución de conflictos, hoy se denomina recurso de anulación, de conformidad con los cambios introducidos por la Ley 712 de 2001, que modificó el artículo 142 del CPTSS.

De Conformidad con dicha disposición, cuando el laudo es de carácter voluntario y mediante el mismo se resuelve un conflicto de carácter jurídico, el objeto del referido recurso, es verificar si la decisión de los árbitros se ajusta a los términos del compromiso o cláusula compromisoria y si afecta derechos o facultades reconocidos por la Constitución, o por las leyes o por normas convencionales a cualquiera de las partes.

Dicho lo anterior, se procede a resolver el problema jurídico planteado al inicio.

i) si el señor Jorge Echeverri Saavedra es destinatario o no de la Cláusula 118 de la Convención Colectiva de Trabajo 2014-2018 suscrita entre ECOPETROL y la USO, y si hay lugar a ordenar su reintegro.

En el asunto bajo examen, no es materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: **i)** que el señor Jorge Echeverri Saavedra fue despedido en forma unilateral y sin justa causa por la empresa ECOPETROL el 4 de noviembre de 2015, la cual se hizo efectivo a partir del 5 de igual mes y año (f. 24); y **ii)** que para dicha data el actor era afiliado a la Unión Sindical Obrera de la Industria del Petróleo –USO- (fs. 25 y 26).

Para dilucidar el anterior problema jurídico, resulta pertinente en primer lugar, traer a colación la disposición en cuestión consagrada en la convención colectiva de trabajo 2014-2018, suscrita entre Ecopetrol y la Unión Sindical Obrera de la Industria del Petróleo –USO-, arrimada al expediente físico y visible a folios 144 a 238, la cual, en lo pertinente, establece:

Estabilidad

ARTÍCULO 118.- La Empresa, en su ánimo de continuar garantizando a sus trabajadores la estabilidad en las posiciones o empleos, **declara que no hará uso del Artículo 8o. del Decreto 2351 de 1965, para quienes hayan laborado diez y seis (16) meses o más en forma continua para Ecopetrol S.A. Cuando la Empresa dé por terminado el contrato de trabajo a trabajadores de menos de diez y seis (16) meses continuos de servicios,** por aplicación del citado Artículo 8o. del Decreto número 2351, procederá a indemnizar en la siguiente forma: (Negritas y subrayado fuera del texto original).

- a) Durante los primeros seis (6) meses de labores, se pagará al trabajador una indemnización equivalente a sesenta (60) días de salario ordinario.
- b) Para el que tenga una antigüedad superior a seis (6) meses y que no excediere de doce (12) meses, se pagará una indemnización equivalente a tres (3) meses de salarios ordinarios.
- c) Para el que tenga una antigüedad superior a doce (12) meses y que no excediere de diez y seis (16) meses, se pagará una indemnización equivalente a cinco (5) meses de salario ordinario.

Estas indemnizaciones sustituyen las que consagra el Artículo 8o. del Decreto número 2351 de 1965.

Parágrafo 1. Es entendido que la garantía consagrada en este Artículo deja en vigencia los casos de terminación del contrato de trabajo a que se refieren en lo pertinente a los Artículos 6o. y 7o. del Decreto número 2351 de 1965, los que establecen el Reglamento Interno de Trabajo de la Empresa en cuanto no contravenga la ley ni la Convención ni el contrato Individual de trabajo.

Parágrafo 2. Para la subsistencia del despido, las causales a que se refiere el numeral 5o. del Artículo 7o, del Decreto 2351 de 1965, deberán ser debidamente comprobadas ante las autoridades competentes; las consignadas en el numeral 6º. De dicho Artículo deberán ser comprobadas ante el Comité de Reclamos mediante el procedimiento acordado en esta Convención.

[...]

Parágrafo 4. Para todos los efectos legales, el caso de justa causa de despido señalado en el numeral 14, Artículo 7o. del Decreto Legislativo número 2351 de 1965, sólo es aplicable al trabajador que haya de recibir pensión plena y no en los casos de jubilación restringida.

Parágrafo 5. La estabilidad consagrada en este Artículo ampara a los trabajadores afiliados a la Unión Sindical Obrera -USO-.

Parágrafo 6. A los trabajadores contratados directamente por la antigua Compañía Colpet antes del 1º. de enero de 1976, se les respetará la estabilidad consagrada en la Convención que tenía suscrita Colpet-Sidelca.

Después de esta fecha, para los nuevos trabajadores contratados por Ecopetrol S.A. Distrito Norte se les aplicará la estabilidad pactada en este Artículo.

Parágrafo 7. Los trabajadores integrados a Petrolera del Río Panamá S.A., y Ecopetrol S.A. y que están relacionados en el Acta de Acuerdo No. 1 firmada el 20 de mayo de 1980, así: Numeral 1º., quienes venían laborando como trabajadores de base de la Texas y Petrolera-Ecopetrol S.A.', Numeral 2, noventa y dos (92) trabajadores de contratistas integrados a partir del 20 de mayo de 1980 y Numeral 3, treinta y nueve (39) trabajadores a término. A todos estos trabajadores la Empresa les considerará cumplido el período de estabilidad de 16 meses de que habla el presente Artículo de la Convención Colectiva USO-Ecopetrol S.A., desde el momento de vinculación a la Empresa.

El artículo **118** con todos sus párrafos e Incisos previstos en el Capítulo XIV de la convención colectiva de trabajo, **se continuarán aplicando a los actuales trabajadores que a la fecha de ejecutoria del Laudo Arbitral del 9 de diciembre de 2003 y su sentencia complementarla, tuvieron más de dieciséis 16 meses de servicios a ECOPETROL S.A., dejándose sin efecto (deróguense) esas disposiciones para quienes a la ejecutoria del Laudo tengan menos de dieciséis meses de servicios y para todos los nuevos trabajadores.** (Negrillas y subrayado fuera del texto original). (Fs. 210 y 211 Exp. Físico)

De la disposición convencional transcrita, en donde se acordó una estabilidad laboral para los trabajadores de Ecopetrol y afiliados al sindicato USO, fácilmente se extrae, que allí se estableció que la referida empresa «[...] no hará uso del Artículo 8o. del Decreto 2351 de 1965, para quienes hayan laborado diez y seis (16) meses o más en forma continua para Ecopetrol S.A. [...]», siendo aquí donde surge la controversia que ocupa la atención de esta Sala de Decisión, pues mientras el Comité de Reclamos sostuvo en el laudo arbitral que ahora es objeto de análisis por la Sala, que el señor Echeverri no es beneficiario o destinatario de dicha cláusula, por no contar con el tiempo de servicio continuo a Ecopetrol como exige esta normativa, lo que también argumenta la empresa accionada, el actor afirma que sí lo es, no solo por llevar más de 16 meses continuos laborando a esa compañía para la fecha en que ocurrió el despido, sino también porque esta cobijado por el párrafo 7º del artículo en cuestión, dado que para la fecha en que el Tribunal de Arbitramento profirió el Laudo Arbitral, esto es, el 9 de diciembre de 2003, aclarado el 16 de igual año y mes, se encontraba laborando al servicio de Ecopetrol, y allí no se exigió que para gozar del derecho a la estabilidad laboral, los 16 meses fueran continuos, requisito con el cual cumple dado que viene vinculado a la referida estatal, desde el 4 de septiembre de 2000.

Pues bien, para despejar el anterior interrogante, la Sala procede a revisar el material probatorio allegado al informativo, con el fin de determinar los periodos de vinculación del ex trabajador demandante a la empresa Ecopetrol S.A. Es así como se advierte que a folio 23 del informativo, obra certificación laboral expedida el 27 de noviembre de 2015, por el Líder de Grupo Maestra de Datos (sic) de ECOPETROL, en donde indica:

Que el (la) señor (a) JORGE ECHEVERRI SAAVEDRA identificado(a) con la cédula de ciudadanía número 91.424.036, estuvo vinculado (a) a nuestra empresa.

Según información que reposa en el expediente laboral, durante su vinculación laboral presentó los siguientes contratos:

DESDE	HASTA	TIPO CONTRATO
04/09/2000	03/09/2003	Temporal

15/09/2003	13/09/2004	Temporal
23/09/2004	22/09/2005	Temporal
04/10/2005	03/10/2006	Temporal
17/10/2006	08/04/2007	Temporal
16/04/2007	04/11/2015	Indefinido

Que sumado a su tiempo de servicio como trabajador (a) activo (a) a esta empresa, continuo o discontinuo, laboró por espacio de 15 años 10 días.

De dicha certificación, fácilmente se colige que el señor Echeverri Saavedra tuvo varias vinculaciones laborales con Ecopetrol desde el 4 de septiembre del año 2000, en forma no continua; sin embargo, la última de ellas inició el 16 de abril de 2007 hasta el 4 de noviembre de 2015, cuando se dio por terminado de manera unilateral y sin justa causa el contrato de trabajo por parte de la convocada a juicio, lapso durante el cual no se evidencia que haya solución de continuidad en la prestación del servicio por parte del accionante.

Acorde con lo anterior, fácilmente se colige que para la fecha del finiquito contractual – 4 de noviembre de 2015 -, el señor Jorge Echeverri tenía más de dieciséis (16) meses de vinculación continua al servicio de Ecopetrol S.A., tal y como lo exige en inciso primero del artículo 118 de la CCT 2014-2018, suscrita entre la llamada a juicio y la organización sindical USO, a la cual se encontraba afiliado el actor para el momento de la terminación del contrato de trabajo (fs. 25 y 26).

Esa circunstancia por sí sola, le da derecho al actor de ser beneficiario de la estabilidad laboral reforzada consagrada en la referida cláusula 118, pues allí no se exigió requisito adicional alguno, diferente a **«haber laborado dieciséis (16) meses o más en forma continua para Ecopetrol S.A.»**, condición que cumple a cabalidad del promotor del litigio, pues se itera, su vinculación con la mencionada sociedad data del 16 de abril de 2007, desde cuando se encuentra vinculado en forma continua, de tal suerte que resulta equivocada la interpretación y alcance que el Comité de Reclamos de Bogotá le dio a dicha disposición, en el laudo arbitral objeto del recurso de anulación que se está desatando.

En efecto, obsérvese que dicho inciso no hace remisión a ninguno de los párrafos del artículo 118 en mención, que conllevara a indicar que el ex trabajador tuviese que cumplir con algún otro requisito para que fuera destinatario de ese beneficio.

En otras palabras, conforme texto del inciso primero del artículo 118 de la CCT 2014-2018, en mención, un trabajador de Ecopetrol que entrase a trabajar a dicha entidad

en vigencia de dicho acuerdo convencional y que estuviera afiliado a la USO, para ser beneficiario de la cláusula de estabilidad laboral, solo requiere cumplir con la exigencia de tener dieciséis (16) meses de servicio continuo a la empresa.

Ahora bien, si en gracia de discusión se admitiera que el actor tenía que cumplir con el requisito previsto en el parágrafo 7º del artículo 118 de dicho acuerdo convencional, también se llegaríamos a la misma conclusión, esto es, que Echeverri Saavedra, sí es beneficiario de la estabilidad laboral allí pactada, como se pasa a explicar.

El inciso segundo del parágrafo 7º del mencionado canon convencional, estipuló: «El artículo **118** con todos sus parágrafos e Incisos previstos en el Capítulo XIV de la convención colectiva de trabajo, **se continuarán aplicando a los actuales trabajadores que a la fecha de ejecutoria del Laudo Arbitral del 9 de diciembre de 2003 y su sentencia complementarla, tuvieron más de dieciséis 16 meses de servicios a ECOPETROL S.A.,** dejándose sin efecto (deróguense) esas disposiciones para quienes a la ejecutoria del Laudo tengan menos de dieciséis meses de servicios y para todos los nuevos trabajadores. (Negrillas y subrayado fuera del texto original). (F. 211 Exp. Físico).

De la Redacción de dicha norma, con meridiana claridad se observa que allí se acordó que se seguiría aplicando este beneficio, para los trabajadores que a la ejecutoria del Laudo Arbitral del 9 de diciembre de 2003, tuvieron más de dieciséis (16) meses de servicio a Ecopetrol S.A.; es decir, allí NO se hizo alusión a que el tiempo de servicio a la estatal petrolera tuviera que ser continuo, como equivocadamente lo consideró el Comité de Reclamos en su fallo.

Lo anterior tiene su génesis en el Laudo Arbitral del 9 de diciembre de 2003, en donde al resolver sobre la estabilidad laboral, se consideró:

Debe distinguirse entre quienes gozan de ese derecho como trabajadores por haber sobrepasado los dieciséis (16) meses de antigüedad, pues aquellos trabajadores con menos de 16 meses de servicios solo tienen una expectativa, distinción a tener presente al resolver para no afectar los derechos adquiridos de los primeros y reglar a futuro lo pertinente con los demás.

*En conjunción con lo referido al estudiar el "Sistema de contratación" que comparte en general los mismos argumentos y razones desde dos ópticas aparentemente distintas pero similares y a la vez completamente coincidentes, sin desconocer los principios de equidad y justicia que informan las decisiones, **el Tribunal mantendrá el régimen de estabilidad para los trabajadores de ECOPETROL que a la ejecutoria del Laudo tengan antigüedades superiores 16 meses** y dejará sin efecto los artículos 121 y 122 con sus parágrafos e incisos que conforman el Capítulo XIV de la convención colectiva de trabajo, para quienes tuvieron a esa misma fecha. menos de 16 meses de servicios y para los nuevos trabajadores. Así lo hará constar en la parte resolutive de la decisión. (Subrayado y negrillas fuera del texto original).*

Y en la parte resolutive de dicho fallo arbitral, se dispuso:

14. Estabilidad Laboral

Los artículos 121 y 122 con todos sus párrafos e incisos previstos en el Capítulo XIV de la convención colectiva de trabajo se continuarán aplicando a los actuales trabajadores que a la fecha de ejecutoria del presente Laudo Arbitral tuvieren más de dieciséis 16 meses de servicios a ECOPETROL, dejándose sin efecto (derogándose) esas disposiciones para quienes a la ejecutoria del Laudo tengan menos de dieciséis meses de servicios y para todos los nuevos trabajadores. (Subrayado y negrillas fuera del texto original).

Y e la providencia del 16 de diciembre de 2003, por medio de la cual se hizo aclaración al fallo arbitral, en virtud de la solicitud que presentó Ecopetrol, sobre este puntal aspecto, dijo:

3. Artículo 121 perteneciente al Capítulo XIV - Estabilidad

Al revisar el texto del artículo 14 sobre Estabilidad Laboral sobre el que se solicita aclaración y/o complementación se encontró que la decisión tomada por el Tribunal, se procedió al examen de los antecedentes, las discusiones como las distintas consideraciones tenidas en cuenta para resolver, encontrando que la única regla adoptada es la que aparece indicada en la parte resolutive ("... a los actuales trabajadores que a la fecha de ejecutoria del presente Laudo Arbitral tuvieren más de dieciséis 16 meses de servicios a ECOPETROL ..."), sin que el Organismo de decisión se hubiere ocupado, considerado ni tenido en cuenta que los trabajadores que quedarían sujetos a ella fueran los que llevaran 16 meses "continuos", precisión que - como se dijo - no fue objeto de estudio y mal puede ahora atenderse y, en consecuencia, se rechaza. (Subrayado fuera del texto original).

Acorde con lo expuesto, resulta diáfano que en el referido laudo arbitral de 2003, NO se exigió o estableció que los trabajadores vinculados a Ecopetrol en aquella época, para ser beneficiarios de la estabilidad laboral, tuvieran que tener 16 meses de servicio de Ecopetrol tuviesen que ser continuos, puesto que en esa providencia que señaló con total claridad que solo requería acreditar haber laborado 16 meses.

Conforme a ello, al revisar la certificación de tiempo de servicios expedida por Ecopetrol (F. 23), se observa que el señor Echeverry laboró al servicio de Ecopetrol antes de la expedición del laudo arbitral en los siguientes periodos: del 4 de septiembre de 2000 al 3 de septiembre de 2003, y del 15 de septiembre de 2003, al 13 de septiembre de 2004; es decir, que se encontraba laborando al servicio de la convocada a juicio para la fecha de expedición del laudo arbitral y llevaba laborando en ella más de dieciséis (16) meses; por lo tanto, también cumple con la exigencia de antigüedad a la que se aludió en el fallo arbitral para tener derecho a la estabilidad laboral.

Bajo este horizonte, le asiste razón al recurrente; en consecuencia, se anularán los numerales primero y segundo del laudo arbitral proferido el 22 de mayo de 2022, por el Comité de Reclamos de Ecopetrol S.A. Bogotá; en su lugar se dictará la siguiente

SENTENCIA DE REEMPLAZO

Conforme a las consideraciones vertidas en precedencia, que también sirven de fundamento para emitir la sentencia de reemplazo, es claro que el señor Jorge Echeverri Saavedra, para el momento en que fue despedido el 4 de noviembre de 2015, en forma unilateral y sin justa causa por parte de Ecopetrol, tenía derecho o era destinatario de la cláusula de estabilidad laboral consagrada en el artículo 118 de la CCT suscrita entre ECOPETROL S.A. y la organización sindical USO con vigencia entre 2014-2018; por lo tanto, en aplicación de dicho acuerdo la empresa no podía dar por terminado el contrato de trabajo al hoy demandante en la forma en que lo hizo; en consecuencia, se torna imperioso declarar INEFICAZ esa decisión y, en su lugar, se ordenará el **REINTEGRO, SIN SOLUCIÓN DE CONTINUIDAD** del señor **JORGE ECHEVERRI SAAVEDRA** al mismo cargo que desempeñaba en la accionada al momento del desahucio, u otro de igual o mejor jerarquía, con el consecuente pago de los salarios, prestaciones legales y convencionales, así como los aportes a seguridad social integral a que haya lugar.

De igual manera se autorizará a la empresa, para que descuente los dineros que hubiese pagado por concepto de indemnización por despido sin justa causa.

COSTAS

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

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

RESUELVE:

PRIMERO: ANULAR los numerales PRIMERO Y SEGUNDO del Laudo Arbitral proferido el 22 de mayo de 2022, por el Comité de Reclamos de Ecopetrol S.A. Bogotá.

SEGUNDO: en virtud de lo anterior, se **DECLARA INEFICAZ** la decisión de **ECOPETROL S.A.** de dar por terminado el contrato de trabajo sin justa causa al señor **JORGE ECHEVERRI SAAVEDRA**, el 4 de noviembre de 2015.

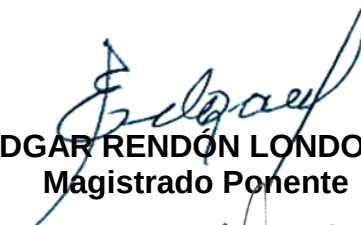
TERCERO: como consecuencia de lo anterior, se **ORDENA** a **ECOPETROL S.A.** a **REINTEGRAR, SIN SOLUCIÓN DE CONTINUIDAD**, al señor **JORGE ECHEVERRI SAAVEDRA**, al mismo cargo que venía desempeñando al momento del finiquito contractual, u otro de igual o mejor jerarquía, con el consecuente pago de los salarios, prestaciones legales y convencionales, así como los aportes a seguridad social integral a que haya lugar.

De igual forma, se autoriza a la referida estatal petrolera para que descuente los dineros que hubiese pagado por concepto de indemnización por despido sin justa causa.

CUARTO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia, de conformidad con los fundamentos señalados en esta decisión.

QUINTO: sin COSTAS en esta instancia

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

República de Colombia



Libertad y Orden

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

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	11001310500120190058901
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	JORGE ELIÉCER QUINTERO ESCOBAR
DEMANDADO	- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES - ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

En Bogotá D. C. a los veintiocho (28) días del mes de abril de dos mil veintitrés (2023), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA:

ANTECEDENTES

El señor **Jorge Eliécer Castro** pretende que se **declare** la nulidad del traslado del régimen de prima media con prestación definida (en adelante RPM) al de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS), realizado a la AFP Colpatria hoy Porvenir S.A. en febrero de 2006, por el incumplimiento de los deberes legales de información en el que incurrió la mentada administradora de fondos privados. Igualmente, el demandante solicita que, como consecuencia de lo anterior, se **condene** a aquella entidad a trasladar a Colpensiones los aportes de la cuenta de ahorro individual, el bono pensional, las sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, sin descuento alguno, y los rendimientos que se hubieren causada. Adicionalmente, el accionante pretende que se condene a Porvenir S.A. al pago de perjuicios morales, a lo que resulte probado ultra y extra petita, así como a las costas y agencias en derecho. Como pretensión subsidiaria el demandante solicitó la declaratoria de ineficacia del traslado realizo en diciembre de 2005 y perfeccionado en febrero de 2006.

Como hechos fundamento de las pretensiones (f ° 6 a 9 archivo 1, carpeta 1ª inst. exp. digital) señaló en síntesis, que nació el 26 de noviembre de 1957; que empezó a cotizar para su pensión en el ISS desde el 22 de septiembre de 1981, hasta el mes de enero de 2006, acreditando 1054 semanas; que firmó formulario de afiliación a la Administradora de Fondo de Pensiones Colpatria, hoy Porvenir S.A., en el mes de febrero de 2006, donde permanece hasta la fecha, cotizando ahí más de 600 semanas; que Porvenir no le informó de manera clara, completa y veraz sobre las diferencias entre uno y otro régimen, las prestaciones económicas que obtendría, las desventajas y riesgos; que la administradora de fondo privado tampoco le puso en conocimiento la posibilidad que tenía de retornar al RPM, en los términos del artículo 2 de la Ley 2003; que Porvenir S.A. no puso en su conocimiento las proyecciones de las mesadas pensionales, ni sobre las variables que se tendrían en cuenta para calcular el valor de su mesada pensional.

Así mismo, el demandante indicó que mediante escrito con radicado No. 2019_6540741 del 20 de mayo de 2019, solicitó a Colpensiones el traslado del RAIS al RPM; que esta entidad a través de escrito de 23 de mayo de 2019, rechazó a lo requerido; que a través de documento del 20 de mayo de 2019, solicitó a Porvenir S.A. la nulidad o ineficacia del traslado efectuado en febrero de 2006; que este fondo de pensiones, mediante documento enviado el 29 de mayo de 2019, no accedió a la solicitud formulada con el argumento de que había esta entidad realiza capacitaciones exhaustivas a su personal encaminadas a garantizar una asesoría integral a los clientes al momento de vincularse, cuestión que fue ratificada por el mismo afiliado al firmar el formato de afiliación. Finalmente, el actor manifestó que contaba con más de 1700 semanas cotizadas.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (f.° 84 a 101 archivo 1, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que la accionante nació el 26 de noviembre de 1957; que éste había presentado solicitudes tanto a Colpensiones como a Porvenir S.A. encaminadas a obtener el traslado al RPM y la declaratoria de nulidad y/o ineficacia del traslado al RAIS, respectivamente, ambas rechazadas por las entidades. Frente a los restantes supuestos fácticos, dijo no constarle. Como excepciones de mérito, propuso las de **i)** inexistencia del derecho y de la obligación, **ii)** error de derecho no vicia el consentimiento, **iii)** buena fe, **iv)** prescripción, **v)** imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas,

vi) innominada o genérica y **vii)** no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público.

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** contestó (f.º 141 a 171 archivo 1, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda, y sobre los hechos manifestó no constarle la edad del demandante, la fecha en la que ingresó como afiliado al RPM, ni la solicitud formulada a Colpensiones. Sobre los demás hemos refirió que no eran ciertos, toda vez que Porvenir S.A. les brinda a sus afiliados una información clara, precisa y veraz, de acuerdo con las disposiciones de la Ley 100 de 1993, que contiene una explicación detallada de las implicaciones del traslado, los requisitos para pensionarse, el funcionamiento del régimen, entre otros.

Aclaró que, la decisión del actor de trasladarse de régimen fue informada, libre y espontánea y que se hizo después de que este fondo hubiese asesorado de manera amplia y suficiente sobre las características y condiciones pensiones del RAIS; que en este sentido, no existió ningún vicio en el consentimiento del demandante al trasladarse de régimen; que en consecuencia, el traslado había sido válido. Adicionalmente, manifestó para la fecha en que se produjo la afiliación del demandante no existía la obligación legal de entregar cálculos o proyecciones pensionales y que Porvenir S.A. cumplió con todas las disposiciones legales que le eran exigibles. Finalmente, alegó que los gastos de administración bajo ningún escenario pueden ser reembolsados debido a que no forman parte integral de la pensión de vejez.

Formuló como excepciones de fondo, las de **i)** no procede declarar la nulidad absoluta del acto jurídico – afiliación al régimen de ahorro individual – realizado por la parte demandante, **ii)** la parte demandante no indica argumentos jurídicos que validen la pretensión relacionada con la declaración de la ineficacia, **iii)** garantía constitucional del debido proceso de la demandada, **iv)** el consentimiento de la parte demandante fue informado, **v)** sobre la nulidad relativa de los actos jurídicos, **vi)** del deber de información a cargo de las administradoras de pensiones, **vii)** principio de la autonomía de la voluntad privada de la parte demandante, **viii)** presunción de buena fe de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., **ix)** condiciones personales de la parte demandante al momento de la afiliación que le permitieron tomar una decisión libre e informada para trasladarse de régimen, **x)** la parte demandante no tenía derechos consolidados para el momento de su afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, **xi)** el derecho al traslado de régimen no puede desconocer derechos fundamentales ni principios de seguridad social, **xii)**

prescripción, **xiii)** buena fe, **xiv)** inexistencia de obligación, **xv)** comprensión y **xvi)** la genérica e innominada.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 22 de julio de 2022 (archivos 16 y 17 carpeta 1ª inst. exp. digital), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de Régimen Pensional del demandante señor JORGE ELIÉCER QUINTERO ESCOBAR, identificado con la C.C. N° 13.891.273, a través del fondo privado PORVENIR S.A., conforme lo expuesto en precedencia.

SEGUNDO: ORDENAR a la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES autorizar el traslado del demandante señor JORGE ELIÉCER QUINTERO ESCOBAR, identificado con la C.C. N° 13.891.273 al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, en las mismas condiciones pensionales que tenía al momento de haber sido trasladado al RAIS; conforme lo expuesto en la parte motiva de este pronunciamiento.

TERCERO: ORDENAR a PORVENIR S.A. trasladar con destino a COLPENSIONES los aportes efectuados por el demandante señor JORGE ELIÉCER QUINTERO ESCOBAR, identificado con la C.C. N° 13.891.273 en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, junto con todos los rendimientos financieros, frutos e intereses a que haya lugar, el bono pensional, los gastos de administración, además de cualquier monto recibido con motivo de la afiliación del convocante, sin que le sea dable efectuar descuento alguno de la cotización total realizada por el accionante; conforme lo expuesto en la parte motiva de este pronunciamiento.

CUARTO: DECLARAR que la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional del demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

QUINTO: ABSOLVER a las demandadas respecto de las otras suplicas, esto es la solicitud de perjuicios deprecada e la demanda, conforme a lo expuesto en la parte motiva en la presente decisión.

SEXTO: DECLARAR no probadas las excepciones formuladas por la demandada. Conforme a lo motivado en precedencia.

SÉPTIMO: Sin costas para las partes en la presente instancia.

Para **Fundamentar su decisión** sostuvo que, aunque no se vislumbra que Porvenir S.A. hubiese constreñido al demandante para efectuar el traslado de régimen pensional, lo cierto es que sí está demostrado que este no tuvo la información suficiente para tomar tal decisión, pues el fondo privado no le suministró un debido asesoramiento que le permitirá seleccionar con plena libertad su régimen pensional; precisó que le correspondía al fondo informar sobre las consecuencias futuras de dicha decisión, toda vez que al cambio, el afiliado podría tener consecuencias nefastas a futuro, razón por la cual esa información era de vital importancia para la correcta

elección; destacó que era necesario que Porvenir S.A. expusiera al demandante de todos los aspectos atinentes a su situación particular, a fin de que cumpliera su expectativa pensional, que no era otra que contar con una mesada equivalente a la que obtendría en el régimen de prima media. Así, el A quo advirtió que Porvenir S.A. omitió el deber de información y desatendió la obligación de obrar en consonancia con el principio de eficiencia, al tenor de lo dispuesto en el literal a) del artículo 2 de la Ley 100 de 1993, falencias estas que dieron lugar a la situación desfavorable en la que se encontraba el demandante, quien en su momento no pudo escoger la opción pensional de su real conveniencia.

Expuso que, sobre el particular la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral (SL4360-2019), en un caso similar al que nos ocupa, determinó que la administradora de pensiones es la responsable de suministrar al afiliado la información suficiente, clara, comprensible y oportuna sobre las características de ambos regímenes pensionales y las consecuencias de abandonar el régimen al que se encuentra vinculado, que el formulario de afiliación solo acredita del consentimiento del trabajador, pero no que éste hubiese sido informado a la luz de lo dispuesto en el artículo 97 numeral 1 del Decreto 663 de 1993 en armonía con los artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993.

Resaltó que la Corte Suprema de Justicia (SL-56174), ha enfatizado en el deber de las administradoras de brindar información, no sólo sobre lo favorable, sino principalmente sobre lo desfavorable, situación que no se dio en este asunto, en tanto que Porvenir S.A. omitió este deber de información, toda vez que no puso en conocimiento del demandante, ni al momento de la afiliación, ni a lo largo de la misma, que el traslado al RAIS podría traerle consecuencias desfavorables por la evidente disminución de su mínimo vital, de manera que este fondo privado sustrajo al actor de la posibilidad de contar con la información suficiente para que escogiera el régimen que le favorecía y lo obliga ahora a acudir a la administración de justicia en aras de evitar el perjuicio irremediable que le generó la escogencia del RAIS.

Adicionalmente, basado en la jurisprudencia de la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia (SL 12136-2014, SL17595-2017, SL19447-2017, SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689-2019, SL3464-2019 y SL4360-2019), determinó que desde que se concibió la existencia de las administradoras de fondo de pensiones, se estableció la obligación de estas entidades de informar a sus afiliados la caracterización de cada régimen y las desventajas; que la afirmación del demandante relacionada con la ausencia del cumplimiento del deber de información correspondía a una negación

indefinida, de manera que, ello generaba una inversión de la carga de la prueba, por lo que correspondía al fondo de pensiones demostrar que había informado adecuadamente al afiliado, cuestión que en este caso no demostró.

En consecuencia, concluyó que era procedente la declaratoria de ineficacia de afiliación del demandante al RAIS, determinación que implica privar de todo efecto práctico al traslado, bajo la ficción jurídica de que el demandante siempre estuvo afiliado al RPM, por lo que debía ordenarse el retorno de la afiliación al RPM y de los aportantes del RAIS al RPM.

De otra parte, basado también en las decisiones de la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral (SL31989-2018, SL4964-2018, SL4989-2018, SL1421-2019 y SL1688-20199), sostuvo que se Porvenir S.A. debía retornar los rendimientos financieros y devolver los gastos de administración a Colpensiones; que en caso en que se generen diferencias con relación a la equivalencias, el fondo privado debía asumirlas y autorizó a Colpensiones para hacer uso de las vías judiciales para solicitar la reparación de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que deba asumir la obligación pensional del demandante frente a los montos no previstos y las reservas.

En cuanto a los perjuicios morales, indicó que no serían reconocidos, debido a que no fueron demostrados por el demandante.

RECURSO DE APELACIÓN

PORVENIR S.A. interpuso recurso de apelación a efectos de que se revoque la decisión con base en los siguientes argumentos: i) insiste que el traslado fue eficaz y válido, pues no se acreditó la existencia de vicio en el consentimiento por no haberse demostrado ninguna de las causales en el artículo 1714 del Código Civil; ii) que el formulario de afiliación, documento público que se presume auténtico, demuestra que la afiliación fue de manera libre, voluntaria y que no corresponde a una mera declaración vacía, sino que una manifestación de la voluntad de demandante quien es una persona capaz; iii) que no le eran exigibles cargas diferentes a las vigentes al momento de traslado del demandante debido a que ello constituiría una violación al debido proceso; iv) que a la fecha de la suscripción no existía la carga legal de dejar constancia de la información suministrada al afiliado; v) que Porvenir S.A. cuenta con distintos canales para brindar información a los afiliados, de manera que, en cualquier momento, el demandante pudo solicitar información o formular quejas y/o reclamos; vi) que era deber legal del actor en su calidad de consumidor financiero informarse

sobre las consecuencias del régimen, máxime cuando el desconocimiento de las leyes no sirve de excusa conforme lo establece el Código Civil y, finalmente, vii) frente a la devolución de gastos de administración, manifestó que no era procedente en tanto no existía una norma que dispusiera tal devolución, que, por el contrario, el litera b) del artículo 113 de la Ley 100 de 1993, menciona que, en el evento de cambio de régimen, el único dinero a trasladar es el saldo de la cuenta incluidos los rendimientos, lo que evidencia que tales gastos de administración no están destinados a financiar la prestación del afiliado, sino que corresponden a una contraprestación por la laboral desarrollada por la entidad, máxime canto en el RPM también se destina un 3% a gastos de administración.

De manera subsidiaria, indicó que en el evento en que llegaran a prosperar las pretensiones de la demanda se debía aplicar la compensación entre los rendimientos que se generaron por la gestión y los gastos de administración.

COLPENSIONES interpuso recurso de apelación a efectos de que se revoque la decisión con base en los siguientes argumentos: *i)* que el traslado se efectuó con pleno consentimiento del demandante, lo que se demuestra con los años en los que permaneció afiliado y cotizando a Porvenir S.A.; *ii)* que el demandante no cumple con los requisitos legales para efectuar el traslado; *iii)* que el traslado se hizo conforme a las normas vigentes a la fecha en que tuvo lugar.

De manera subsidiaria, en el evento en que prosperaran las pretensiones de la demanda, solicitó que se ordenara la devolución de todos los dineros y que se autorice a Colpensiones a reclamar los perjuicios que el traslado y posterior reconocimiento de la pensión le generaría.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación presentado por la AFP Porvenir y Colpensiones, así como en el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última entidad en lo no apelado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del CPTSS.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el traslado del régimen de prima media al de ahorro

individual que hizo el demandante a través de la AFP Porvenir S.A. es ineficaz por falta de información, y si, como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a Colpensiones los todos los aportes realizados por el actor en el RAIS.

En el presente asunto no son materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: **i)** que el señor Jorge Eliécer Castro nació el 26 de noviembre de 1957 (f° 29, archivo 01 de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); **ii)** que estuvo vinculada al RPM con el ISS desde el 22 de septiembre de 1981, hasta el 30 de enero del 2006 (f° 49 y 50, archivo 01 de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); y **iii)** que el 09 de diciembre de 2005, solicitó ante Porvenir S.A. el traslado al RAIS, el cual se hizo efectivo a partir del 01 de febrero de 2006 (f° 132 archivo 04FOLIO, de la carpeta 1ª inst. exp. Digital)

INEFICACIA DEL TRASLADO

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

Igualmente, esa Corporación ha determinado que es a las administradoras de pensiones a quienes les corresponde acreditar el cumplimiento del deber de información, pues exigir al afiliado una prueba del incumplimiento por parte de la AFP al deber de información es un despropósito, toda vez que la alegación de no recibir información corresponde a una negación indefinida, que solo puede desvirtuar el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; además, estableció que la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento, y, finalmente, explicó que no era

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

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

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

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

entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. Sobre el particular, cabe traer a colación, lo dicho en la sentencia CSJ SL1055-2022, en la que se expuso:

Pues bien, es menester recordar que la Corte ha precisado de manera pacífica y reiterada que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones, se estableció en cabeza de las AFP el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados en forma clara, precisa y oportuna acerca de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas (CSJ: SL12136-2014, SL17595-2017, SL19447-2017, SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689-2019, SL3464- 2019, SL4360-2019, SL2611-2020 y SL4806-2020).

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

Ahora bien, frente al reparo formulado por Porvenir S.A. según el cual para la fecha en que el demandante llevó a cabo el traslado al RAIS no le era exigible a esta administradora suministrar la información con el detalle que se requiere actualmente ni tampoco dejar constancia de ello, esta Sala indica que no está llamado a prosperar, pues, además de lo expuesto por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia CSJ SL1055-2022 citada previamente, lo cierto es que desde el año 1993 se consagró la obligación en cabeza de las administradoras de fondos de pensiones de informar de forma integral y suficiente a los afiliados del sistema, para que estos pudiesen escoger el régimen pensional que les resulte más favorable, conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 -posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003- y el párrafo del artículo 18 del Decreto 656 de 1994. Este último, textualmente establece: «PARAGRAFO. Los informes sobre modalidades de pensión que suministren las administradoras a los afiliados deberán contener los datos necesarios y suficientes sobre las alternativas existentes, de tal forma que permitan a los afiliados tomar decisiones que consulten sus mejores intereses.»

Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria (1993-2009), al de asesoría y buen consejo (2009-2014), y

finalmente al de doble asesoría (2014- en adelante). Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido (sentencia CSJ SL4062-2021).

Así, para la fecha en la que el accionante se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, - **01 de febrero de 2006**-la obligación de la AFP se enmarcaba en el primer periodo, según el cual debía entregar información suficiente y transparente que le permitiera elegir «*libre y voluntariamente*» la opción que mejor se ajustara a sus intereses (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019), conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 -posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003- y el párrafo del artículo 18 del Decreto 656 de 1994, lo cual implicaba la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

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

Resulta pertinente indicar, que ese deber de información debe cumplirse absolutamente siempre, con independencia de si el potencial afiliado es una persona con estudios académicos superiores, como por ejemplo abogado o con cargos laborales directivos o subdirectivos, ya que, esto no implica de ninguna manera que conozca el sistema pensional, configurándose como un afiliado lego en este puntual tema, y la AFP como la experta, y es que no puede ser de otra manera, pues los fondos privados cuentan con una estructura corporativa especializada, experta en la materia y respaldada en complejos equipos actuariales capaces de conocer los detalles de su servicio, lo que las ubica en una posición de preeminencia frente a los usuarios.

Ahora bien, aun cuando en el expediente obra el formulario de solicitud de afiliación de la AFP, de él solo se advierte la fecha de su diligenciamiento, los datos personales y laborales del accionante, de modo que únicamente da cuenta de una

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

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

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

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

la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, pudiéndose traer a colación la sentencia CSJ SL1467-2021, en la que adocrinó:

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

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

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

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

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

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

Por lo tanto, se hace necesario Modificar y Adicionar el numeral segundo de la sentencia de primer grado, en el sentido de **CONDENAR** a la AFP Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones y esta a su vez a recibir por parte de aquellas, las

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

En consecuencia, se confirmará la decisión del *a quo* frente a la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen realizado con fecha de efectividad **01 de febrero de 2006**, al RAIS a través de la AFP Porvenir S.A., con todas las consecuencias jurídicas impuestas en primera instancia.

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

PRESCRIPCIÓN

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

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

COSTAS

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

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR Y MODIFICAR EL NUMERAL TERCERO de la sentencia consultada, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá, únicamente en el sentido de **ORDENAR** a la **ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, a trasladar a COLPENSIONES y esta a su vez a recibir por parte de aquella, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados, y con cargo a sus propios recursos, y los rendimientos con las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, más los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual, durante el tiempo en que el demandante estuvo afiliado a estas administradoras. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

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

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de Colpensiones y la AFP Porvenir S.A. Se fijan como agencias en derecho la suma de \$1.160.000 para cada una.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

República de Colombia



Libertad y Orden

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

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	11001310500320210008501
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	ROCÍO DEL PILAR SERPA MORA
DEMANDADO	- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES - ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

En Bogotá D. C. a los veintiocho (28) días del mes de abril de dos mil veintitrés (2023), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA:

ANTECEDENTES

Pretende la señora **Rocío Del Pilar Serpa Mora** se **declare** la ineficacia de la afiliación y del traslado del régimen de prima media con prestación definida (en adelante RPM) al de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS) realizado a Porvenir S.A. el 1° de noviembre de 1994, por falta de información clara, cierta, compresible y oportuna. Como consecuencia de lo anterior, se le **condene**, a trasladar a Colpensiones, los aportes cotizados durante las 1.329 semanas de cotización, con todos los intereses, rendimientos, saldos de cuenta individual y sumas adicionales de aseguradoras sin posibilidad de efectuar descuento por gastos de administración, ni por comisiones obtenidos a la fecha efectiva de traslado; que se **condene** a las demandadas a las costas y agencias en derecho.

Como hechos fundamento de las pretensiones (fº. 6 a 9 archivo 1, carpeta 1ª inst. exp. digital), señaló en síntesis, que nació el 24 de agosto de 1968, por lo que a la fecha de presentación de la demanda contaba con 52 años de edad y 1.329

semanas de cotización en el RAIS y 12 semanas al RPM; que Porvenir S.A. la afilió a el RAIS con el simple diligenciamiento de un formulario, el día 1° de noviembre de 1994, haciendo la salvedad, que trataba de un acto meramente voluntario “el acto de afiliación” y no recibió de las demandada Porvenir AFP , la asesoría necesaria para conocer las implicaciones económicas de un futuro escenario pensional, aun cuando tuviera en su momento solo expectativas pensionales y estuviera muy lejos de cumplir requisitos para obtener una pensión de vejez; que su afiliación se realizó sin al menos una proyección de un futuro pensional, ni un cálculo actuarial, mucho menos una advertencia , que sus aportes y rendimientos quedaban al “vaivén” y suerte del encaje bancario del Grupo Aval, mayor accionante de AFP Horizonte Pensiones y Cesantías S.A. y Porvenir S.A.; que siendo el 17 de agosto de 2017, la fecha límite para que trasladara sus aportes a Colpensiones, en estricta aplicación del art. 2 de la ley 797 de 2003, la demandada Porvenir S.A., no cumplió con su deber de informar, alertar, prevenir y avisar que se acercaba el plazo para hacerlo, solo guardó silencio y se limitó a enviarle los extractos semestrales de rendimientos de aportes durante los siguientes doce años,

Expresó que, no se le informó cuál sería su mesada pensional de continuar afiliada en ese régimen, tampoco se le indicó cuál era el capital mínimo que debería alcanzar para tener una pensión vitalicia, sin hacer siquiera una proyección de una mesada pensional al cumplir 57 años y 1150 semanas; que Porvenir la afilió al RAIS, acto que quedó en firme, con la suscripción del formulario de afiliación y sin suscripción del acta de “consentimiento informado”, hecho que conllevó a viciar su consentimiento, al inducirla en error, pues fue engañada por Porvenir S.A., al suministrar información insuficiente e incompleta para conocer las reales implicaciones de su futuro pensional; que Porvenir no ofreció una pensión más favorable, de tal manera que le indicara que frente a sus expectativas pensionales, el RAIS sería su mejor escenario.

Dijo que, la omisión en la información implícitamente engendran un vicio de consentimiento denominado dolo, indistintamente del tiempo que haya transcurrido luego de la movilidad de régimen; que el 8 de febrero solicitó el traslado de sus aportes a Colpensiones, petición que le fue negada por no reunir el requisito del art. 2 de la ley 797 de 2003, esto es, encontrarse a menos de 10 años de cumplir la edad requerida; que en la actualidad no cuenta con reconocimiento pensional por contingencias derivadas de los riesgos de invalidez, vejez o muerte.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** contestó (f° archivo 7, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que la demandante nació el 24 de agosto de 1968; que actualmente no se le ha reconocido pensional alguna por contingencias derivadas de los riesgos de invalidez, vejez o muerte. Frente a los restantes supuestos fácticos, dijo no constarle o no ser ciertos. Como excepciones de mérito, propuso las de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

Por su parte, **COLPENSIONES** contestó (archivo 9, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que el natalicio de la demandante fue el 24 de agosto de 1968; que a la presentación de la demanda contaba con 52 años de edad; que cotizó 12 semanas en el RPM; que fue solicitado el traslado de sus aportes a Colpensiones; sin embargo, esta petición fue negada por no reunir el requisito del artículo 2 de la ley 797 de 2003, al encontrarse a menos de 10 años de cumplir la edad de pensión. Frente a los restantes supuestos fácticos dijo no constarle. Como excepciones de mérito, propuso las de la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de régimen responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (A. L. 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la CN), buena fe de Colpensiones, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y la innominada o genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 10 de febrero de 2022 (archivo 14 carpeta 1ª inst. exp. digital), resolvió:

PRIMERO: ABSOLVER a las Demandadas AFP PORVENIR S. A. ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por la Demandante ROCÍO DEL PILAR SERPA MORA, conforme la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR EN COSTAS, incluidas las agencias en derecho a la Demandante ROCÍO DEL PILAR SERPA MORA, las que se tasan en la suma de QUINIENTOS MIL (\$500.000) PESOS MCTE, a favor de cada una de las demandadas.

Para Fundamentar su decisión, sostuvo que la demandante no se encontraba inmersa en el régimen de transición y que contaba con 12 semanas en cotizadas al

ISS, para el momento del traslado del régimen pensional. A su vez, señaló que acumuló 1.341 semanas ambos regímenes.

Por otro lado, indicó que desde el artículo 12 del Decreto 720 de 1994, las administradoras de pensiones se encontraban obligadas a brindar información suficiente, clara y oportuna a los posibles afiliados, al momento de la promoción de la afiliación. Por tal razón, en virtud del precedente vertical, surge en cabeza de los fondos de pensiones la carga de la prueba, para efectos de demostrar que al momento del traslado se brindó esa información clara, veraz y oportuna, con la finalidad que el afiliado tuviese un juicio objetivo de las mejores opciones del mercado. A su vez, indicó que, la suscripción libre y voluntaria del formulario de afiliación no era suficiente para efectos de demostrar el deber de información, pues el mismo solo acredita el consentimiento, pero no informado.

Sostuvo que, a pesar de lo anterior, para el caso particular de la demandante, se acreditó que ella había suscrito contrato de trabajo a término indefinido con la AFP Porvenir S.A., con la finalidad de ser la Directora de la oficina de Ibagué y al ser ello así, recibió capacitaciones que le permitió comprender el marco regulatorio del Sistema General de Pensiones, las diferencia entre los regímenes pensionales, sistema de cotizaciones, beneficios del RAIS, modalidades de pensiones, entre otros. Así mismo, reseñó que del interrogatorio de parte la demandante había confesado que al momento de vincularse con Porvenir S.A. se afilió a esta entidad como su administradora de pensiones, por lo que concluyó que su vinculación al RAIS fue coetánea con su contratación laboral con esta AFP.

Consideró que, por lo anterior resultaba claro que para la vinculación de trabajadores en el sector financiero, el proceso de vinculación para ciertos cargos se encuentra precedido del estudio concienzudos sobre las aptitudes, condiciones y conocimientos del aspirante, por lo tanto, para desempeñar el cargo de Directora de oficina de Ibagué, esos conocimientos cumplían la función de ser irradiados a sus subalternos, en especial los asesores comerciales, que garantizaran la promoción de los productos financieros de Porvenir. Adicional a ello, sostuvo que, dentro de las funciones de la demandante se encontraba la de brindar asesoría a los afiliados de Porvenir S.A. para garantizar su permanencia y captar afiliados a través de sus asesores comerciales.

Agregó que, quedaba demostrado que durante el tiempo que estuvo laborando como directora de oficina para Porvenir S.A. tuvo y adquirió un conocimiento profundo de las condiciones de cada régimen pensional, lo que imposibilita creer que fue

asaltada en su buena fe, razón por la que dispuso la absolución de todas las pretensiones incoadas en contra de las demandadas.

RECURSO DE APELACIÓN

La demandante **ROCÍO DEL PILAR SERPA MORA** impetró recurso de apelación con la finalidad que la sentencia proferida sea revocada y como consecuencia de ello, se declare la ineficacia del traslado de régimen pensional, teniendo en cuenta para ello que, con la expedición del Decreto 692 de 1994, quedó establecido que el deber de información no era únicamente durante la vinculación del afiliado al régimen, sino en una etapa previa; por lo tanto, la información que debió recibir el 1 de abril de 1994, tenían que ser suficiente, objetiva y clara. Para el efecto, en el interrogatorio de parte sostuvo que el formulario fue diligenciado por una persona de recursos humanos y no por un ejecutivo comercial, en ese sentido lo había suscrito sin tener información clara de las implicaciones que tendría al momento de trasladarse de régimen pensional. De igual forma, señaló que su antiguo empleador no le dio la posibilidad de continuar afiliada al entonces ISS y debido a ello suscribió el formulario con su consentimiento viciado, en la medida que no lo hizo de manera libre y voluntaria. También sostuvo que, se había visto presionada a afiliarse a Porvenir debido a que este era su empleador y en estricto sentido no podía continuar afiliada con el ISS.

Por otro lado, sostuvo que el deber de información no era respecto de la etapa inicial, sino posterior y durante los 9 años que estuvo vinculada como trabajadora de Porvenir, nunca recibió extractos de su cuenta de ahorro individual, no se le dio la alternativa de realizar su retractor o si quiera el ofrecimiento de un portafolio de servicios donde pudiera constituir aportes voluntarios o algún tipo de pensión voluntaria, de tal manera que pudiera mejorar su escenario pensional.

Añadió que, el Decreto 692 de 1994, no deja de ser importante por el solo hecho que haya sido una persona que trabajó en el sector financiero, si bien, sus calidades profesionales implican un mayor grado de experiencia, lo cierto es que la para la fecha del traslado de régimen accedió como una ciudadana con una experiencia en el área de ventas, más no con conocimiento en norma que apenas empezaba a funcionar y cuyos meses de expedición eran muy pocos.

Por lo anterior, dijo que no se encontraba demostrado que se le hubiese dado una información clara, objetiva, comprensible y oportuna al momento de su afiliación, y que las capacitaciones que tuvo posteriormente en consideración de su cargo y la responsabilidad que tenía con subalternos y superiores jerárquicos, no hacían diferente su situación.

CONSIDERACIONES

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

PROBLEMA JURÍDICO

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

En el presente asunto no es materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: *i)* que la señora Rocío Del Pilar Serpa Mora nació el 24 de agosto de 1968 (f° 32, archivo 1 de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); *ii)* que estuvo vinculada al ISS entre el 8 de abril de 1994 al 30 de junio de 1994 (f° 76 a 79 archivo 7, de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); y *iii)* que el **30 de junio de 1994**, trasladó al RAIS mediante la suscripción de un formulario de vinculación con Porvenir, el cual se hizo efectivo a partir del 1 de julio de 1994 (f° 69, 80 a 82, archivo 7, de la carpeta 1ª inst. exp. Digital).

INEFICACIA DEL TRASLADO

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

Y el segundo, que las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar

información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria (1993-2009), al de asesoría y buen consejo (2009-2014), y finalmente al de doble asesoría (2014- en adelante). Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.

Así, para la fecha en la que el accionante se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad – **30 de junio de 1994** -, la obligación de la AFP se enmarcaba en el primer periodo, según el cual debía entregar información suficiente y transparente que le permitiera elegir «*libre y voluntariamente*» la opción que mejor se ajustara a sus intereses (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019), conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 -posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003-, lo cual implicaba la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

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

Resulta pertinente indicar, que ese deber de información debe cumplirse absolutamente siempre, con independencia de si el potencial afiliado es una persona con estudios académicos superiores o con cargos laborales directivos o subdirectivos, ya que, esto no implica de ninguna manera que conozca el sistema pensional, configurándose como un afiliado lego en este puntual tema, y la AFP como la experta, y es que no puede ser de otra manera, pues los fondos privados cuentan con una estructura corporativa especializada, experta en la materia y respaldada en complejos equipos actuariales capaces de conocer los detalles de su servicio, lo que las ubica en una posición de preeminencia frente a los usuarios.

Ahora bien, aun cuando en el expediente obra el formulario de solicitud de afiliación de la AFP Porvenir de fecha 30 de junio de 1994, de él solo se advierte la

fecha de su diligenciamiento, los datos personales y laborales de la accionante, de modo que únicamente da cuenta de una exigencia requerida para el ingreso de un afiliado con la fórmula pre-impresa en la casilla destinada a la firma, sin que del mismo pueda concluirse que dicha AFP cumplió con el deber de suministrar al afiliado una ilustración suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna sobre las implicaciones de abandonar el esquema de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras.

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

Ahora bien, del interrogatorio de parte rendido por la actora, advierte la Sala que, contrario a lo considerado por el Juez de instancia, de este no se desprende confesión alguna, que permitan acreditar que, en efecto, la gestora del traslado de régimen, esto es Porvenir, haya dado cumplimiento al deber de información que le asiste, pues si bien, la promotora de la contienda en su declaración afirmó que, fue vinculada laboralmente con la AFP demanda para ostentar el cargo de Directora de Oficina en la ciudad de Ibagué y que como consecuencia de ello, a lo largo de los nueve años en los que se mantuvo el contrato de trabajo vigente, recibió por parte de su empleador, capacitaciones respecto al régimen pensional Colombiano, no puede perderse de vista que, la parte actora a lo largo de su intervención, manifestó que tan solo cuando empezó a trabajar para Porvenir, fue cuando comprendió el sistema pensional, debido a que al momento de la suscripción del formulario no se le suministró información al respecto, aunado con lo anterior, la deponente fue categórica al señalar que le fue indicado que como ella se iba a vincular laboralmente con esta compañía, debía también seleccionar a esta entidad como la administradora de pensiones, aunado lo anterior, censura el hecho que nunca se le advirtió que su pensión en este régimen estaría muy por debajo a lo que ha venido devengando a lo largo de su vida laboral.

De igual forma, debe tenerse en cuenta que, a pesar de ser la demandante economista y haber fungido como directora comercial de una oficina de Porvenir, no por ello se pudo concluir de manera automática e inexorable, que el traslado haya

estado precedido de información adecuada, suficiente, clara, transparente y detallada acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos financieros que asumiría en cada modelo pensional, pues era deber u obligación de Porvenir dar a conocer toda la verdad objetiva de los dos regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro, circunstancias que en este puntual caso no se probaron, por tal razón, esta Sala de Decisión, se aparta de la valoración que en su momento realizó el a quo sobre este medio de prueba.

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

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

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

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

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

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

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

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

Cabe agregar, que por vía jurisprudencial se ha aceptado que los fondos de pensiones también deben devolver a Colpensiones las «*primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos*» (CSJ SL1055-2022, entre muchas otras), por lo que se dispondrá su devolución a la Administradora de Pensiones Colpensiones.

Bajo el anterior contexto, se hace necesario **REVOCAR** la decisión de primera instancia para en su lugar, acceder a las pretensiones de la demanda en el sentido de declarar la ineficacia del traslado realizado por la demandante **ROCÍO DEL PILAR SERPA MORA** el 30 de junio de 1994, del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, por lo que el acto jurídico del traslado no produjo efectos, pues ante la violación del deber de información dicho acto no puede proyectarse en el mundo de las relaciones jurídicas, razón por la cual se impone el regreso automático del demandante al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES.

En consecuencia, se condenará a Porvenir S.A. a trasladar a COLPENSIONES y esta a su vez a recibir por parte de aquella, las cotizaciones recibidas en su integridad por la afiliación de la demandante, lo que incluye gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados y con cargo a sus propios

recursos, los bonos pensionales si los hubiere y los rendimientos con las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, más los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL1055-2022).

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

PRESCRIPCIÓN

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

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

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

COSTAS

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

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia emitida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, el 10 de febrero de 2022, para en su lugar, **DECLARAR** la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la señora **ROCÍO DEL PILAR SERPA MORA** al régimen de ahorro individual el 30 de junio de 1994, por intermedio de la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, en consecuencia, declarar válida la afiliación al régimen de prima media con prestación definida, administrado por **COLPENSIONES**.

SEGUNDO: CONDENAR a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, a trasladar a **COLPENSIONES** y esta a su vez a recibir por parte de aquella, los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, los bonos pensionales si los hubiere y los rendimientos con las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, más los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

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

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

QUINTO: COSTAS en ambas instancias a cargo de **COLPENSIONES** y **PORVENIR S.A.** Se fijan como agencias en derecho en esta instancia la suma de \$1.160.000, para cada una de ellas.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

República de Colombia



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

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	11001310500320210019601
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	MARÍA STELLA BUSTOS BRASBI
DEMANDADO	- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES - ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

En Bogotá D. C. a los veintiocho (28) días del mes de abril de dos mil veintitrés (2023), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA:

ANTECEDENTES

La señora **María Stella Bustos Brasbi** pretende que se **declare** la ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida (en adelante RPM) al de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS), realizado a la AFP Porvenir S.A. el 8 de marzo de 1996, por el incumplimiento de los deberes legales de información en el que incurrió la mentada administradora de fondos privados. Igualmente, la demandante solicita que, como consecuencia de lo anterior, se **condene** a Colpensiones a aceptar el regreso de la afiliación de la señora María Stella

Bustos sin solución de continuidad y a Porvenir S.A. a efectuar la devolución de todos los valores que correspondan a la cotización de la cuenta de ahorro individual, incluidos los costos de administración. Adicionalmente, la accionante pretende que se condene a las demandadas a lo que resulte probado ultra y extra petita, así como a las costas y agencias en derecho.

Como hechos fundamento de las pretensiones (f ° 4 a 13 archivo 01, carpeta 1ª inst. exp. digital) señaló en síntesis, que nació el 19 de agosto de 1965; que empezó a cotizar para su pensión en el ISS hoy Colpensiones; que el 08 de marzo de 1996. se afilió a Porvenir S.A., donde aún se mantiene, contando con 1.352 semanas cotizadas al marzo de 2021; que el 08 de marzo de 2021, solicitó ante Colpensiones la nulidad y/o ineficacia del traslado de la afiliación al RAIS que realizó el 08 de marzo de 2021, obteniendo una respuesta negativa por parte de esta entidad; que igualmente, la AFP Porvenir S.A. a través de comunicación del 08 de marzo de 2021, le comunicó que no accedía a declarar la ineficacia del traslado ni al retornarla al RAIS y, finalmente, que el 19 de abril de 2021, la AFP Porvenir S.A. realizó una proyección pensional que arrojó la suma de \$908.526 M/CTE.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (f.° 2 a 48 archivo 05 carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que la accionante nació el 19 de agosto de 1965; que ella había cotizado inicialmente al ISS hoy Colpensiones; que el 08 de marzo se trasladó a Porvenir S.A.; que el 08 de marzo de 2021, solicitó ante Colpensiones la ineficacia y/o nulidad efectuada al RAIS y que esta entidad contestó de manera negativa. Frente a los restantes supuestos fácticos, dijo no constarle. Como excepciones de mérito propuso las de (i) inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de regímenes, (ii) responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, (iii) juicio de proporcionalidad y ponderación, (iv) el error de derecho no vicia el consentimiento, (v) inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (acto legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la constitución política), (vi) buena fe de Colpensiones, (vii) falta de causa para pedir, (viii) presunción de legalidad de los actos jurídicos, (ix) inexistencia del derecho reclamado, (x) prescripción y (xi) innominada o genérica

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** no contestó la demanda, conforme que determinó el

Juzgado por medio de auto del 01 de julio de 2022 notificado por anotación en estado No. 084 publicado el 05 de julio de 2022 (archivo 09 carpeta 1ª inst. exp. digital),

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 29 de septiembre de 2022 (archivos 17 y 18 carpeta 1ª inst. exp. digital), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado de la demandante MARÍA STELLA BUSTOS BRASBI del régimen de prima media con prestación definida, administrado por el otrora INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES, hoy COLPENSIONES, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PORVENIR S. A., realizado el 8 de marzo de 1996, con efectividad a partir del 1º de mayo de la misma anualidad, para entender vinculada a la Demandante en forma válida al régimen solidario de prima media administrado por COLPENSIONES, todo de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a PORVENIR S.A a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES todos los valores que recibió con motivo de la afiliación de la demandante por concepto de cotizaciones obligatorias y voluntarias si hubiese realizado alguna, el porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, bonos pensionales en el caso que ya se encuentren redimidos, todos los rendimientos financieros que produjo ese dinero mientras estuvo en su poder, sin descuento alguno y debidamente indexados, conforme la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: ORDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES a aceptar el traslado de los dineros que efectúe PORVENIR S.A, para que proceda a activar la afiliación de la demandante, como si nunca se hubiese traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida y así mismo actualice la información de la historia laboral en semanas cotizadas.

CUARTO: DECLARAR NO PROBADA la excepción propuesta por COLPENSIONES que denominó INOBSERVANCIA DEL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DESOSTENIBILIDAD FINANCIERA DEL SISTEMA, y adicionalmente declarar no probar la excepción de PRESCRIPCIÓN, conforme a lo considerado en la parte motiva

QUINTO: CONDENAR EN COSTAS, incluidas las agencias en derecho a la Demandada COLPENSIONES, las que se tasan en la suma de UN MILLÓN OCHOCIENTOS MIL (\$1.800.000) PESOS MCTE

[...]

Para **Fundamentar su decisión** sostuvo que para la fecha efectividad del traslado, existía toda una materia normativa que obligaba a la AFP a proporcionar una información, completa, integral, oportuna, adecuada y transparente, específicamente sobre las prestaciones a las que tenían derecho los afiliados en cada régimen con el fin de que contaran con un juicio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado; que tales deberes de información en cabeza de las administradoras de fondos de pensiones estaban previstos, entre otros, en el artículo 97 numeral 1 del Decreto 663 de 1993, en concordancia con el artículo 12 del Decreto 720 de 1994, con

el Decreto 656 de 1994 y con el artículo 271 de la Ley 100 de 1993; que las administradoras de fondos de pensiones tienen la carga probatoria de demostrar el cumplimiento del mentado deber de información, en tanto son estas entidades las que se encuentran en mejor posición para acreditar este asunto, en tanto el cumplimiento deber legal de brindar información suficiente se encuentra a su cargo, lo cual ha sido ratificado por la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral.

Igualmente, el A quo insistió en que, conforme las normas previamente nombradas, las administradoras, desde su fundación, estaban obligadas a brindar una información clara completa y transparente, pues solo así les posible era a los afiliados obtener un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado, cuestión ha sido confirmada por la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral (SL 1055-2022, SL 1535-2022, SL 090-2022).

Al descender al caso en concreto, destacó igualmente que, conforme al material probatorio del expediente se tiene que para la fecha del traslado de la demandante lo único que existió fue el formulario, cual, como lo indicado por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral desde sentencia del 9 sep. 2018 rad. 31989, no es un documento suficiente para acreditar el cumplimiento del deber de información. En consecuencia, el Juzgado determinó que la parte demandada no logró demostrar que a la demandante se le hubiese brindado una información transparente y completa, lo que trae consigo que deba declararse la ineficacia de su traslado al RAIS y ordenarse el traslado de todos los valores que recibió la AFP con motivo de la cotización de la demandante por concepto de cotizaciones obligatorias, bonos pensionales en caso de que ya se encuentren redimidos, así como los gastos de administración, las primas de seguros previsionales y la comisión para constituir el fondo de garantía de pensión mínima. Por último, respecto de la prescripción, se indicó la facultad para solicitar la declaratoria de ineficacia de traslado es imprescriptible, como lo ha indicado la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES interpuso recurso de apelación a efectos de que se revoque la decisión con base en los siguientes argumentos: i) que la demandante no cumplía los requisitos previstos para solicitar el traslado del régimen pensional conforme a la Ley 797 de 2003; ii) que la accionante nunca se vio constreñida para trasladarse al régimen; iii) que sus determinaciones fueron espontáneas y libres; iv) que la actora tampoco acudió a las administradoras a solicitar información sobre su situación de

afiliación y, v) que la demandante contaba con 4 años para efectuar acción rescisoria como lo indica el Código Civil en materia de vicios del consentimiento.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación presentado por Colpensiones, así como en el grado jurisdiccional de consulta en su favor en lo no apelado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del CPTSS.

PROBLEMA JURÍDICO

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

En el presente asunto no es materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: **i)** que la señora María Stella Bustos Brasbi nació el día 19 de agosto de 1965 (f° 5, archivo 06 de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); **ii)** que estuvo vinculada al RPM con el ISS desde el 01 de mayo 1995, hasta la fecha en que solicitó el traslado del 08 de marzo de 1996 (f° 51 y 77, archivo 1 de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); y **iii)** que el 08 de marzo de 1996, solicitó el traslado al RAIS, el cual se hizo efectivo a partir de en el mes de abril de 1966 (f° 44 y 57 archivo 1, de la carpeta 1ª inst. exp. Digital)

INEFICACIA DEL TRASLADO

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

establecer si la administradora de pensiones cumplió con su deber de información en el momento que el afiliado tomó la decisión de cambiarse de sistema pensional.

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

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

En ese sentido, precisó dicha Corporación que no puede argüirse que *«existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; **de allí que desde el inicio** haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito»* (CSJ SL12136-2014, CSJ SL1467-2021). Igualmente, resaltó que el Decreto 663 de 1993, *«Estatuto Orgánico del Sistema Financiero»*, aplicable a las AFP

desde su creación, prescribió en el numeral 1.º del artículo 97, la obligación de las mismas de «*suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado*», haciendo alusión a la Ley 795 de 2003, «*Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones*», en la cual se recalca en su artículo 21, ese deber **preexistente** de información a cargo de las AFP, en el sentido que la información suministrada tenía como propósito no solo evaluar las mejores opciones del mercado sino también la de «*poder tomar decisiones informadas*».

Concluyó la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral que, desde su fundación, las AFP tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. Sobre el particular, cabe traer a colación, lo dicho en la sentencia CSJ SL1055-2022, en la que se expuso:

Pues bien, es menester recordar que la Corte ha precisado de manera pacífica y reiterada que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones, se estableció en cabeza de las AFP el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados en forma clara, precisa y oportuna acerca de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas (CSJ: SL12136-2014, SL17595-2017, SL19447-2017, SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689-2019, SL3464- 2019, SL4360-2019, SL2611-2020 y SL4806-2020).

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

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

Así, para la fecha en la que el accionante se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, que, conforme a la historia laboral que obra en el expediente data del 08 de mayo de 1996, la obligación de la AFP se enmarcaba en el primer periodo, según el cual debía entregar información suficiente y transparente que le permitiera elegir *«libre y voluntariamente»* la opción que mejor se ajustara a sus intereses (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019), conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 -posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003- y el párrafo del artículo 18 del Decreto 656 de 1994, lo cual implicaba la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

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

Resulta pertinente indicar, que ese deber de información debe cumplirse absolutamente siempre, con independencia de si el potencial afiliado es una persona con estudios académicos superiores, como por ejemplo abogado o con cargos laborales directivos o subdirectivos, ya que esto no implica de ninguna manera que conozca el sistema pensional, configurándose como un afiliado lego en este puntual tema, y la AFP como la experta, y es que no puede ser de otra manera, pues los fondos privados cuentan con una estructura corporativa especializada, experta en la materia y respaldada en complejos equipos actuariales capaces de conocer los detalles de su servicio, lo que las ubica en una posición de preeminencia frente a los usuarios.

Ahora bien, esta Sala encuentra que en el expediente ni siquiera obra el formulario de afiliación de la demandante en el que conste la solicitud de traslado cuya eficacia se cuestiona, de manera que, al no existir prueba de la firma del formulario, mucho menos se demuestra con prueba alguna que se le hubiese brindado a la demandante una asesoría completa, veraz, comprensible e integral sobre las ventajas y desventajas de haber efectuado el traslado. Sin perjuicio de lo expuesto, en el evento

en que la demandante hubiese diligenciado este documento, lo cierto es que el mismo sólo corresponde una exigencia requerida para el ingreso de un afiliado con la fórmula pre-impresa en la casilla destinada a la firma, sin que de este se desprenda que dicha AFP hubiese cumplido con el deber de suministrar al afiliado una ilustración suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna sobre las implicaciones de abandonar el esquema de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras.

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

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

En consecuencia, se confirmará la decisión del *a quo* frente a la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen realizado por la demandante el 08 de mayo de 1996 al RAIS a través de la AFP Porvenir S.A., con todas las consecuencias jurídicas impuestas en primera instancia.

Lo anterior, no genera ningún detrimento ni un desequilibrio para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, dado que, la ineficacia del traslado de régimen de la demandante implica, como ya se dijo, la devolución de todos los dineros por ella aportados al RAIS más sus rendimientos, frutos e intereses que se encuentren en la

cuenta de ahorro individual de esta de **manera íntegra** a Colpensiones, declaración que trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original (CSJ SL 4911-2019).

PRESCRIPCIÓN

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

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

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de Colpensiones como quiera que su recurso de alzada no prosperó de conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del CGP.

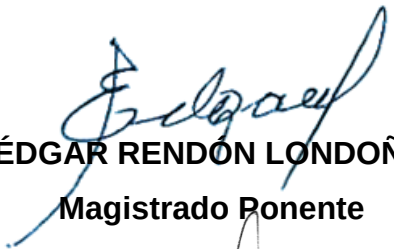
En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

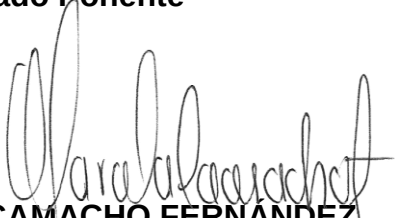
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR en su totalidad la sentencia apelada y consultada proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de Colpensiones y la AFP Porvenir S.A. Se fijan como agencias en derecho la suma de \$1.160.000 para cada una.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada


ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

República de Colombia



Libertad y Orden

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

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	110013105005201900355-01
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	WILLIAM CANTILLO ELGUEDO
DEMANDADO	- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES - COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS - ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

En Bogotá D. C. a los Veintiocho (28) días del mes de abril de dos mil veintitrés (2023), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA:

ANTECEDENTES

Pretende que el señor **WILLIAM CANTILLO ELGUEDO** se **declare** la nulidad del traslado del régimen de prima media con prestación definida (en adelante RPM) al de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS) realizado a través de la AFP Colfondos S.A.; se declare la nulidad del traslado realizado entre las administradoras Colfondos y Porvenir, en abril del año 1997. En consecuencia, que se **ordene** su retorno al RPM administrado por Colpensiones; se **ordene** a Porvenir a trasladar a esta, todas las cotizaciones y rendimiento financiero que reposan en su cuenta de ahorro individual; que se **condene** a las demandadas a lo que resulte probado ultra y extra petita, a las costas y agencias en derecho.

Como hechos fundamento de las pretensiones (fº 1 a 5, archivo 2, carpeta 1ª inst. exp. digital), señaló en síntesis, que nació el día 12 de febrero de 1954; que a la fecha cuenta con 1.707 semanas de cotización; que se encuentra cotizando desde

julio de 1978; que para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, contaba con 430 semanas cotizadas y 40 años de edad; que a partir del año 1994, los fondos privados iniciaron una campaña masiva de afiliación, utilizando como estrategias el miedo y la desinformación; que para el año 1994, se encontraba trabajando en la Contraloría Municipal de San Estanislao, cuando se ordenó un traslado masivo de régimen de pensión a Colfondos; que la Contraloría Municipal aludida, autorizó la entrada del señor Dorcas López, asesor comercial de Colfondos S.A., quien recogió las firmas en los nuevos formulación de afiliación de los trabajadores, sin ningún tipo de asesoría profesional; que le fue informado por parte del asesor que si se trasladaba de régimen, tendría derecho a un bono pensional, que podría utilizar a su antojo, en el momento que quisiera; que nunca se le informó sobre las modalidades de pensión, requisitos para acceder a ella y montos; que se le infundió miedo al indicársele que el ISS se iba acabar.

De igual forma, indicó que los asesores de los fondos de pensiones privados se acercaban a los trabajadores de la Contraloría General de Bolívar, ofreciendo cada vez mayores beneficios; que en abril del año 1997, siendo así Rafael Velasco Flores, asesor de Porvenir, quien gestionó su traslado con esta AFP, quien tampoco brindo información sobre el RAIS; que mediante radicado No. 2019-004640971 del 9 de abril de 2019, solicito a Colpensiones el traslado del régimen pensional, el que fue negado por la entidad en comunicación No. BZ2019_5013217-1109910 del 15 de abril de 2019; que el 9 de abril de 2019, radicó ante Colfondos solicitud de información y aclaración de dudas sobre su traslado al RAIS, petición a la que se le dió respuesta el 6 de mayo de 2019; que ante Porvenir radicó petición el 9 de abril de 2019, la que fue contestada el 23 de abril de 2019.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES, contestó (archivo 8, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que el accionante nació el 12 de febrero de 1954; que mediante radicado No. 2019-004640971 del 9 de abril de 2019, solicitó a la entidad el traslado del régimen pensional, el que fue negado en comunicación No. BZ2019_5013217-1109910 del 15 de abril de 2019; frente a los demás, indicó que no le costaban. Formuló como excepciones de fondo, validez de la afiliación al RAIS, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado; prescripción, buena fe, inexistencia de intereses moratorios e indexación, compensación y la innominada o genérica.

La **AFP PORVENIR S.A.**, contestó (archivo 15 carpeta 1ª inst, exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que con la expedición de la Ley 100 de 1993, se crearon los fondos de pensiones. Frente a los restantes supuestos fácticos, dijo no constarle o no ser ciertos. Formuló las excepciones de fondo prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación.

Por su parte, **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**, contestó (archivo 20, carpeta 1ª inst. exp. digital), se allanó a las pretensiones de la demanda. Respecto a lo hechos, aceptó que el natalicio del demandante fue el 12 de febrero de 1954; que el radicó ante la entidad solicitud de información y aclaración de dudas sobre su traslado al RAIS, petición a la que se le dio respuesta el 6 de mayo de 2019. Frente a los restantes supuestos fácticos, dijo no constarle o no ser ciertos. Propuso como excepciones de fondo las denominadas buena fe, innominada o genérica, compensación y pago.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 24 de mayo de 2022 (archivo 25 y 26, carpeta 1ª inst. exp. digital), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR LA NULIDAD del traslado del régimen de prima media al de ahorro individual realizado por el señor WILLIAM CANTILLO ELGUEDO, a través de COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS.

SEGUNDO: ORDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, el valor de las cotizaciones efectuadas junto con los rendimientos, frutos e intereses, y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a recibir los aportes del demandante, procediendo a actualizar su historia laboral.

TERCERO: COSTAS únicamente a cargo de SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Inclúyase como agencias en derecho la suma de cuatro salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Fundamentó su decisión, en que el deber de información se encontraba vigente desde la expedición del Decreto 720 de 1994, el que se encontraba vigente desde la fecha en que el actor se trasladó al RAIS, pues este se produjo en el mes de diciembre de 1994, en este sentido, son las administradoras las que deben demostrar la manera en la que suministraron la información amplia, oportuna y suficiente.

Sostuvo que, no existen elementos probatorios que demuestren que las administradoras hayan cumplido con ese deber de información, pues si bien, se aportó

formulario de afiliación, estos no son prueba conducente para tener por demostrado el consentimiento informado. Por tal razón, se encontraban frente a un error de hecho, contemplado en el artículo 1511 del Código Civil, por existir un actuar omisivo.

Finalmente, dijo que no hay lugar a declarar probada la excepción de prescripción, toda vez que trae una íntima relación con el derecho a la seguridad social, el cual es irrenunciable.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES solicita que se revoque la sentencia apelada y como consecuencia de ello, se absuelva de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, teniendo en cuenta que, conforme el Decreto 255 de 2010, el demandante realizó los traslados al RAIS de manera libre y voluntaria, y fue tan solo 15 años de realizarse el mismo, es que solicita retornar al RPM, sin precaver que debía conocer y estar informado sobre la normatividad vigente para ese tipo de traslados.

Sostuvo que, existen actos de relacionamiento, pues el demandante realizó dos traslados horizontales dentro del RAIS, con Colfondos y luego para porvenir, para los años 1994 y 1997, respectivamente.

Finalmente, dijo que Colpensiones nada tuvo que ver en el traslado que realizó el demandante de manera libre y voluntaria.

PORVENIR interpone recurso de apelación con la finalidad que se revoque en su integridad la sentencia emitida, teniendo en cuenta que la información que se le brindó al demandante en el año 1997, fue una información totalmente completa y comprensible, y no conoció las circunstancias de tiempo modo y lugar en las que la AFP Colfondos generó la afiliación con el demandante en 1994, a pesar de ello, la condena recae específicamente sobre esta sociedad.

Agregó que, la información que se brindó para el año 1997, era verbal, por lo tanto, no existe un documento que se pueda aportar dentro del expediente y que permita evidenciar cual fue la información brindada, por lo que, se debe tener como indicio que el demandante en su permanecía como afiliado a esta entidad, no haya generado queja reclamo por falta de información, adicional a ello, el hecho que generara un traslado horizontal, demuestra su deseo de permanecer en este régimen, aún más cuando tuvo la oportunidad de retornar a Colpensiones y no lo hizo.

Manifestó que, el demandante se encuentra inmerso dentro de la prohibición legal de la ley 797 de 2003, por lo tanto, no es dable que el actor se escude en la falta

del deber de información únicamente porque su plan de pensión no resultó acorde con sus expectativas.

Señaló que, el monto al que fue condenada su representada, no tuvo en cuenta la naturaleza, ni la calidad del proceso, como tampoco la gestión de la parte demandante, como quiera que en este tipo de procesos toda la carga probatoria recae sobre las AFP.

CONSIDERACIONES

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

PROBLEMA JURÍDICO

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

En el presente asunto no es materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: **i)** que el señor **William Cantillo Elguedo** se afilió al ISS donde aportó desde el 15 de julio de 1978, al 28 de febrero de 1979, un total de 32,71 (archivo 19 carpeta 1ª inst, exp. Digital); **ii)** que el **22 de diciembre de 1994**, se trasladó al RAIS mediante la suscripción de un formulario de vinculación con Colfondos S.A., el que se hizo efectivo a partir del 1 de enero de 1995 (f.º 91 a 93 archivo 20, carpeta 1ª inst. exp. Digital); y **iii)** que realizó traslado horizontal a Porvenir el 22 de abril de 1997, entidad en la que actualmente se encuentra afiliado. (f.º 49, 50 archivo 2, fº 91 archivo 20, carpeta 1ª inst. exp. Digital).

INEFICACIA DEL TRASLADO

Ha sostenido la alta Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral que, cuando el conflicto suscitado tiene como origen la omisión de información al afiliado por parte de la AFP en el momento de traslado de régimen pensional debe analizarse desde la figura jurídica de la ineficacia, puesto que al transgredirse el derecho a que

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

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

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

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

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

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

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

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

SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019, CSJ SL4360-2019, CSJ 2611-2020, CSJ SL4806-2020, entre otras).

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

Así, para la fecha en la que la accionante se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad **-22 de diciembre de 1994-**, la obligación de la AFP se enmarcaba en el primer periodo, según el cual debía entregar información suficiente y transparente que le permitiera elegir *«libre y voluntariamente»* la opción que mejor se ajustara a sus intereses (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019), conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 -posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003-, lo cual implicaba la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

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

Ahora bien, aun cuando en el expediente obra el formulario de solicitud de afiliación de la AFP Colfondos suscrito el 22 de diciembre de 1994, de él solo se advierte la fecha de su diligenciamiento, los datos personales y laborales del accionante, de modo que únicamente da cuenta de una exigencia requerida para el ingreso de un afiliado con la fórmula pre-impresa en la casilla destinada a la firma, sin que del mismo pueda concluirse que dicha AFP cumplió con el deber de suministrar al afiliado una ilustración suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna sobre las

implicaciones de abandonar el esquema de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En lo que respecta a los **gastos de administración, las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia** y demás emolumentos ordenados devolver por parte de los fondos de pensiones privados, cabe reseñar que la figura

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

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

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

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

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

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

Cabe agregar, que por vía jurisprudencial se ha aceptado que los fondos de pensiones, también deben devolver a Colpensiones las «*primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos*» (CSJ SL1055-2022, entre muchas otras); como en este caso, ello no fue ordenado por el juez de primer

nivel, esta Sala de Decisión, dispondrá su devolución a la Administradora de Pensiones Colpensiones, en virtud a que a favor de esta se está surtiendo el grado jurisdiccional de consulta; lo anterior, teniendo en cuenta que se tratan de dineros del sistema de seguridad social en pensiones, y que deben ser devueltos en su integridad a la entidad que nuevamente recibe el afiliado.

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

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

COSTAS EN PRIMERA INSTANCIA

En cuanto a la condena en costas a Porvenir en primera instancia, cabe mencionar que la misma es procedente, en los términos del numeral 1° del artículo 365 del CGP, como quiera que la misma fue vencida en juicio, además de haber presentado oposición a las pretensiones de la demanda.

Ahora, respecto a la cuantificación de las mismas, se le recuerda a la recurrente que en los términos del artículo 366 del CGP, las mismas serán tasadas por el Juzgado de conocimiento a la ejecutoria de la providencia que le ponga fin al proceso o notificado el auto de obedecimiento a lo dispuesto por el superior, y estas serán controvertidas a

través de recurso de reposición o subsidiariamente con el de apelación, entonces, al no ser este el estadio procesal para atender las disquisiciones planteadas frente a su tasación, se despacharan desfavorablemente los argumentos planteados por Porvenir.

PRESCRIPCIÓN

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

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

COSTAS

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

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

RESUELVE:

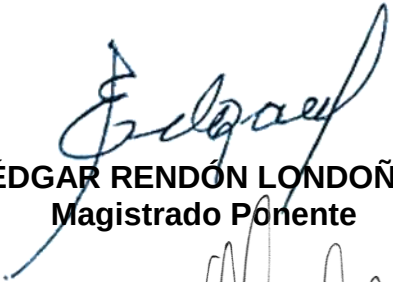
PRIMERO: MODIFICAR EL NUMERAL PRIMERO de la sentencia consultada, proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá el día 24 de marzo de 2022, únicamente en el sentido de **DECLARAR LA INEFICACIA** del traslado del régimen de prima media al de ahorro individual realizado por el señor WILLIAM CANTILLO ELGUEDO, a través de COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ADICIONAR Y MODIFICAR EL NUMERAL SEGUNDO de la sentencia consultada, proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, el día 24 de marzo de 2022, únicamente en el sentido de **ORDENAR** a la COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., a trasladar a COLPENSIONES y

esta a su vez a recibir por parte de aquella, los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados, y con cargo a sus propios recursos, y los rendimientos con las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, más los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual, durante el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a estas administradoras. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de las demandadas Porvenir y Colpensiones. Se fijan como agencias en derecho la suma de \$1.160.000, a cargo de cada una de ellas.

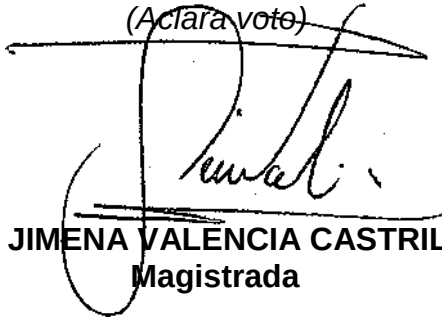
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada
(Aclarar voto)



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

ACLARACIÓN DE VOTO

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE WILLIAM CANTILLO ELGUEDO CONTRA COLPENSIONES Y OTROS (RAD. 05-2019-00355-01)

M.P. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

Con el debido respeto de mis compañeros de sala, me permito aclarar el voto, pues si bien estoy de acuerdo con la declaratoria de ineficacia del traslado, resulta oportuno realizar consideraciones en torno a sí se trata de un traslado o una afiliación inicial, la ocurrida en vigencia de la Ley 100 de 1993.

Conforme con lo anterior, en el presente asunto ha de tenerse en cuenta que la última cotización del actor en el régimen de prima media con prestación definida lo fue el 28 de febrero de 1979, sin que se presenten aportes en ese régimen con posterioridad al 1 de abril de 1994, sin embargo, ello no es óbice para mantener la calidad de afiliado al régimen de prima media con prestación definida, siendo su vinculación al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por COLFONDOS S.A. que tuvo ocurrencia el 22 de diciembre de 1994, un traslado, conforme pasa a exponerse:

No se desconoce que el artículo 3° del Decreto 692 de 1994, reglamentario de la ley 100 de 1993, establece que a partir del 01° de abril de 1994 los afiliados al Sistema General de Pensiones **“deberán”** seleccionar uno de los dos régimen pensionales, bien sea el del régimen solidario de prima media con prestación definida o el régimen de ahorro individual con solidaridad, no obstante, dicha obligación está dirigida a los nuevos afiliados al sistema general de pensiones que entró a regir al 1° de abril de 1994, pues solo a partir de la expedición de la Ley 100 de 1993 coexisten dos regímenes de pensiones excluyentes, deber estatuido también con la finalidad de prevenir casos de multifiliación.

De esta manera, quienes a partir de la vigencia del nuevo sistema general de pensiones requirieran vincularse al sistema general de pensiones debían escoger entre uno y otro régimen, no pasando lo mismo con quienes antes del 01 de abril de 1994 se encontraban afiliados al otrora ISS, hoy COLPENSIONES, ya que es el mismo Decreto el que establece a renglón seguido en el artículo 4° que seguirán vinculados al régimen de prima media con prestación definida, entre otros *“los trabajadores del sector privado y los afiliados voluntarios que seleccionen el régimen solidario de prima media con prestación definida deberán vincularse al Instituto de los Seguros Sociales, ISS, o continuar vinculados a éste si ya lo están”*, (Negrilla fuera del texto), circunstancia esta última que acontece en el sub examine, pues el actor a pesar de no haber sufragado cotizaciones al ISS con posterioridad al 01 de abril de 1994, venía afiliada al régimen de prima media con prestación definida a través del ISS desde el 15 de julio de 1978, y de ninguna manera puede considerarse que la falta de cotizaciones le haga perder tal condición, pues ello sería tanto como desconocer su vinculación y cotizaciones al sistema pensional antes de 1994, máxime cuando la afiliación al régimen pensional es única, permanente y vitalicia, pues así lo ha adoctrinado la Corte Suprema de Justicia desde vieja data, en los anteriores términos:

*“La afiliación es la fuente de los derechos y obligaciones de la Seguridad Social, y brinda una pertenencia permanente al Sistema; **se da mediante una primera y única inscripción vitalicia, y en ningún momento la afiliación al Sistema de seguridad social en pensiones se suspende o se pierde porque se dejen de causar cotizaciones o no se paguen éstas**” (Radicación No 34240 del 21 de octubre de 2008) (Negrilla fuera del texto).*

Igualmente, del artículo 11 del Decreto 692 de 1994, se deduce que quienes antes del 01 de abril de 1994 venían afiliados al ISS, Caja, fondo o entidad del sector público no requieren diligenciar nuevamente formulario de afiliación para entenderse incorporados al régimen de prima media con prestación definida, y así se consagra en los siguientes términos:

*“Quienes al 31 de marzo de 1994 **se encuentren vinculados al ISS, pueden continuar en dicho instituto, sin que sea necesario el diligenciamiento del formulario o comunicación en la cual conste su vinculación.** Igual tratamiento se aplicará a los servidores públicos que se encuentren afiliados a una caja, fondo o entidad del sector público mientras no se ordene su liquidación. En estos casos, no es aplicable la prohibición de traslado de régimen antes de 3 años a que se refiere el artículo 15 del presente Decreto, **y en consecuencia podrán ejercer en cualquier momento la opción de traslado.** (Negrilla fuera del texto)*

De lo anterior, de manera cristalina se logra establecer que la falta de cotizaciones al 1 de abril de 1994 no implica que el afiliado al régimen de prima media con prestación definida pierda la calidad de afiliado a ese régimen, ni tampoco que deba diligenciar un nuevo formulario de afiliación, pues en aquellos eventos, como acaeció en el sub examine, venía afiliado al ISS desde el 15 de julio de 1978, y sin necesidad de nuevo formulario o afiliación al ISS, se trasladó de régimen pensional el 22 de diciembre de 1994 a la AFP COLFONDOS S.A.

De igual manera, valga la pena traer a colación lo discurrido en sentencia SL1419-2018, en la que la Corte le ha dado vocación de permanencia a la afiliación al sistema pensional, independiente de si se sufragaron o no cotizaciones y cuya afiliación data de antes de abril de 1994, veamos:

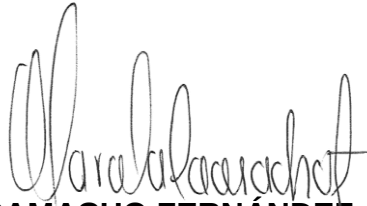
*“Por lo anterior, debía dársele el trato de un afiliado inactivo, de acuerdo con lo establecido en el artículo 13 del Decreto 692 de 1992, según el cual la afiliación al sistema de pensiones tiene un carácter permanente y «...no se pierde por haber dejado de cotizar durante uno o varios períodos, pero podrá pasar a la categoría de afiliados inactivos, cuando tenga más de seis meses de no pago de cotizaciones.» Así también lo ha reconocido esta sala de la Corte en sentencias como la CSJ SL2138-2016, CSJ SL9288-2017 y CSJ SL738-20108, entre muchas otras, en las que ha recalcado que la afiliación al sistema de pensiones es libre y voluntaria, **además de que tiene naturalmente una vocación de permanencia.***
(...)

*En ese sentido, **por el simple hecho de no haberse inscrito en otro régimen de pensiones y haber permanecido como afiliado inactivo en la demandada, el***

actor debía entenderse inscrito de manera necesaria en el régimen de prima media con prestación definida”.

De esta manera, la afiliación al régimen pensional es única y vitalicia, y no se pierde o suspende por falta de cotizaciones, motivo por el cual, quienes a 1° de abril de 1994 venga afiliados al régimen de prima media con prestación definida, independientemente de que tengan o no cotizaciones con posterioridad al citado régimen de prima media, y se afilian al RAIS, realizan un traslado de régimen pensional, y en ese orden sí resulta procedente la declaratoria de ineficacia del traslado.

En los anteriores términos dejo plasmada mi aclaración de voto.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

República de Colombia



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

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	11001310500720210014501
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	SANDRA SOFÍA GUTIÉRREZ USAQUÉN
DEMANDADO	- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES - ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

En Bogotá D. C. a los veintiocho (28) días del mes de abril de dos mil veintitrés (2023), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA:

ANTECEDENTES

La señora **Sandra Sofía Gutiérrez Usaquén** pretende que se **declare** la ineficacia de la afiliación por ella efectuada en el año 1999, a la Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., toda vez que en la etapa precontractual esta sociedad no le brindó una información veraz, completa y oportuna acerca de las ventajas y desventajas de cada uno de los Sistemas Pensionales. Igualmente, la demandante solicita que, como consecuencia de lo anterior, se retrotraigan las cosas al estado anterior al del traslado y se ordene a Colpensiones a tener como afiliada a la demandante como si el traslado al RAIS nunca se hubiese efectuado.

Como hechos fundamento de las pretensiones (f ° 2 a 7 archivo 01, carpeta 1ª inst. exp. digital) señaló en síntesis, que se trasladó del Régimen de Prima Media

con Prestación Definida – RPM- al Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. en el mes de septiembre de 1999; que la AFP Porvenir S.A. tenía la carga de demostrar que cumplió con el deber de ofrecer información pertinente, oportuna y suficiente respecto de las consecuencias del cambio de régimen; que la demandante nació el 04 de septiembre de 1964, y cumplía los 57 años el día 04 de septiembre de 2021; que Porvenir S.A. le realizó una simulación pensional bajo la modalidad de retiro programado lo que arrojó como resultado que para cuando cumpla 57 años, la mesada pensional sería de \$877.803; que al efectuar la misma simulación en Colpensiones se obtuvo que la mesada pensional equivaldría a \$1.540.329, de manera que la mesada pensional que obtendría en el RPM sería ostensiblemente superior; que la demandante cuenta con un total de 1722 semanas cotizadas en ambos regímenes; que radicó derecho de petición ante Colpensiones el 09 de julio de 2020, solicitando la nulidad de traslado efectuado al RAIS y que respecto a esta solicitud, Colpensiones no se pronunció.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (f.º 2 a 48 archivo 05 carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que la accionante nació el 04 de septiembre de 1964, y que había radicado una solicitud de nulidad bajo el radicado 2020_6647257. Respecto de los hechos relacionados con el incumplimiento al deber de información por parte de Porvenir S.A. y con la proyección pensional, indicó que correspondían a apreciaciones subjetivas. Frente al hecho en virtud del cual se afirma que Colpensiones, no hizo pronunciamiento; en cuanto a la reclamación presentada, indicó que no era cierto y que se había dado respuesta a través de comunicado de 09 de julio de 2020. Finalmente, respecto de los demás supuestos fácticos, manifestó no constarle.

Como excepciones de mérito, propuso las de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** contestó (f.º 1 a 21 archivo 10 carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, admitió que la demandante nació el 04 de septiembre de 1964. Negó que el traslado se hubiese efectuado a finales de 1999, y aclaró que la afiliación a Porvenir S.A. se

efectuó a través de la suscripción de formulario del 11 de agosto de 1999, la cual se hizo efectiva el 1 de octubre la misma anualidad; negó también que le hubiese informado a la demandante que su mesada pensional iba a ascender a \$877.803 y aclaró que se le habían informado de los réditos adicionales que podría obtener como la existencia de excedentes de libre disponibilidad, la devolución de saldos, la pensión de garantía mínima entre otros. Adicionalmente, no aceptó que la demandante contara con 1722 semanas cotizadas, precisando que realmente tenía con 1654 para el 21 de junio de 2021. Respecto de los demás hechos manifestó no constarles.

Como excepciones de mérito, formuló las de prescripción, la relación jurídica de afiliación al sistema de seguridad social no es una relación contractual, improcedencia del traslado de gastos de administración y prima de seguro previsional como consecuencia del traslado de régimen pensional producto de la declaratoria de nulidad prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 14 de junio de 2022 (archivos 19 y 20 carpeta 1ª inst. exp. digital), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación y traslado realizado por la señora SANDRA SOFÍA GUTIÉRREZ USAQUÉN con la AFP COLPATRIA hoy PORVENIR SA el 11 de agosto de 1999 contenida en el formulario No. 0276914.

SEGUNDO: ORDENAR a PORVENIR S.A. a trasladar la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual de la que es titular la señora SANDRA SOFÍA GUTIÉRREZ USAQUÉN dineros que deben incluir los rendimientos que se hubieren generado hasta que se haga efectivo dicho traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES.

TERCERO: Igualmente, PORVENIR debe incluir todos los gastos de administración y comisiones que se hubiesen descontado de los aportes pensionales del demandante, valores que debe ser reintegrados y devueltos a COLPENSIONES debidamente indexados.

CUARTO: ORDENAR a COLPENSIONES a recibir sin solución de continuidad como afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida al demandante desde su afiliación inicial al ISS.

QUINTO: SE DECLARAN NO PROBADAS las excepciones presentadas por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTIAS – PORVENIR S.A.

SEXTO: SE CONDENA en costas a los fondos demandados y a favor del demandante. Las agencias en derecho se tasan en la suma de 2 SMLV, al momento del pago, a cargo de cada uno de los fondos

SÉPTIMO: se ordena el grado jurisdiccional de consulta ante el Superior a favor de Colpensiones.

Para **Fundamentar su decisión** sostuvo que los Fondos Privados de Pensiones, desde su creación, tenían la obligación de suministrar a los usuarios de los servicios la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita a través de elementos de juicio claros y objetivos escoger la mejor opción en el mercado, conforme lo estableció la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral, en consonancia con lo previsto en el artículo 33 numeral 1 del artículo Decreto 663 de 1993. Determinó que el artículo 1603 del Código Civil consagra el principio de buena fe en la celebración de contratos, el cual implica que las partes deben contar con la información suficiente sobre los actos que celebran, máxime tratándose de relaciones contractuales derivadas del Sistema de Seguridad Social en favor de trabajadores. Afirmó, después de hacer un recuento normativo sobre la evolución del deber de información a cargo de las AFP, que al momento de la afiliación y traslado de régimen pensional que efectuó la demandante en 1999, Porvenir S.A. tenía la carga de suministrar una información veraz.

Igualmente, el A quo indicó que Porvenir S.A era quien tenía la carga de acreditar que a la demandante se le había brindado la información suficiente y correcta al momento del traslado del régimen pensional, pues, lo alegado por la actora con relación a la ausencia del cumplimiento del deber de información correspondía a una negación indefinida, la cual debía valorarse bajo la literalidad del artículo 167 del Código General del Proceso, que indica este tipo de negaciones no requieren prueba, de manera que a quien le correspondía comprobar el hecho positivo contrario, es decir, la debida asesoría e información, era a Porvenir S.A. Adicionalmente manifestó que, lo anterior se acompasa con lo previsto en el artículo 1604 del Código Civil; que consiga que la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo, que en este caso naturalmente era Porvenir S.A.

Expuso que, en el expediente no existía prueba distinta del traslado que el formulario de solicitud de afiliación, de manera que no obraba en el plenario ningún medio probatorio que demuestre que, al momento de efectuar el cambio de régimen en 1999, a la demandante se le hubiera suministrado la información veraz, clara, precisa, comprensible y detallada respecto a las consecuencias que traería para su futuro pensional la decisión de trasladarse. Precisó que, el formulario de traslado es un verdadero contrato de adhesión que no contenía la información suficiente como para que se pudiera inferir de él que se cumplió con ese deber de carácter legal a cargo de la AFP, por ello, indicó que constituye un medio probatorio suficiente para

acreditar que a la demandante sí se le proporcionó la información adecuada requerida para que ella tomara una decisión que atendiera a sus reales intereses.

Determinó que, la afiliación a la AFP quedaría sin efecto, es decir, sería declarada como ineficaz, por lo que se devolvería la situación de la demandante al estado en que estaría si el mentado acto no hubiese existido jamás, por lo que ordenaría igualmente la devolución de la totalidad de los valores depositados en la cuenta de ahorro individual de la que es titular la señora demandante Sandra Sofía Gutiérrez y que ello debía incluir la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros que se causen a la entrega del dinero. Asimismo, estableció que la AFP debería devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a su propia cuenta o cualquier otro valor que se hubiese descontado de los aportes pensionales de la demandante mientras ha estado afiliada a Porvenir S.A., con su respectiva actualización monetaria.

Concluyó que, Colpensiones no cumplió con su carga probatoria de acreditar que efectivamente la ineficacia y el retorno de la afiliación de la demandante atentaba contra la sostenibilidad financiera del sistema, dado que con la devolución de los aportes y demás réditos provenientes de Porvenir S.A. estaría garantizada la pensión de la demandante y, en todo caso, precisó que esta entidad no aportó un cálculo de rentabilidad equivalencia que demostrara tala alegación. Respecto de la prescripción indicó que la seguridad social es un derecho de carácter irrenunciable cobijado por el principio de imprescriptibilidad, posición que tiene asidero en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral SL 59174 del 2019. Finalmente, determinó que era procedente exonerar a Colpensiones de la condena en costas y agencias den derecho, como quiera que esta entidad no participó en el negocio cuya eficacia se cuestiona.

RECURSO DE APELACIÓN

Colpensiones interpuso recurso de apelación a efectos de que se revoque la decisión. Para tal efecto, manifestó que no existe prueba del vicio de consentimiento, esto es, el error, fuerza o dolo. Indicó que existe una indebida interpretación del artículo 1604 del Código Civil, pues el Juez erradamente determinó que toda la carga probatoria recaiga completamente en el fondo privado y omitió tener en cuenta que existen obligaciones recíprocas entre los usuarios del sistema, por lo que le correspondía a la demandante informarse sobre las implicaciones del traslado y aprovechar los canales de divulgación previstos para tal fin. Manifestó que el Juez no tuvo en cuenta que en este tipo de procesos no era viable que los demandantes

pretendieran una nulidad por el solo hecho de que la mesada obtenida en el fondo privado no se acompasara con sus intereses económicos. Alegó igualmente que el A quo omitió la jurisprudencia de la Corte Constitucional contenida en las sentencias C1024-2004, SU062-2010 y SU130-2013 según la cual nadie puede resultar subsidiado por los aportes de otro y, finalmente, indicó que el traslado afectaba la sostenibilidad financiera de Colpensiones, toda vez que el ahorro que tenía la demandante en el fondo privado no alcanza para financiar su pensión en el RPM.

Porvenir S.A. igualmente formuló recurso de reposición a efectos de que se revoque la sentencia de primera instancia. En este sentido, indicó que, si bien existe una línea jurisprudencial sobre la ineficacia del traslado, lo cierto era que la misma debía aplicarse según los supuestos fácticos previstos por la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral, los cuales en este caso no se dan debido a que la demandante recibió la información completa en los términos que eran exigibles para la fecha del traslado. Expuso que el Juez no tuvo en cuenta la confesión efectuada por la demandante según la cual habría aceptado que recibió la información completa y comprensible al trasladarse al RAIS. Arguyó que no era coherente que le Juez ordenara la devolución de los gastos de administración, pues los mismos no pertenecían a la cuenta de ahorro individual de la demandante y que, en este sentido, de llegar a restituirse se configuraría un enriquecimiento sin justa causa a su favor y finalmente, solicitó que se revocara la condena en costas y agencias en derecho.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación presentado por la AFP Porvenir y Colpensiones, así como en el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última entidad en lo no apelado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del CPTSS.

PROBLEMA JURÍDICO

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

En el presente asunto no son materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: **i)** que la señora Sandra Sofía Gutiérrez Usaquén nació el día 04 de septiembre de 1964 (f° 9, archivo 01 de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); **ii)** que estuvo vinculada al RPM con el ISS desde el 01 de noviembre de 1987, hasta la fecha en se efectuó el traslado, esto es, hasta el 30 de septiembre de 1999 (f° 95 y 96, archivo 09 de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); y **iii)** que el 11 de agosto de 1999, solicitó ante Colpatria hoy Porvenir S.A. el traslado al RAIS, el cual se hizo efectivo a partir del 01 de octubre de 1999 (f° 44 archivo 10, de la carpeta 1ª inst. exp. Digital)

INEFICACIA DEL TRASLADO

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

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

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

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

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

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

sus intereses. Sobre el particular, cabe traer a colación, lo dicho en la sentencia CSJ SL1055-2022, en la que se expuso:

Pues bien, es menester recordar que la Corte ha precisado de manera pacífica y reiterada que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones, se estableció en cabeza de las AFP el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados en forma clara, precisa y oportuna acerca de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas (CSJ: SL12136-2014, SL17595-2017, SL19447-2017, SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689-2019, SL3464- 2019, SL4360-2019, SL2611-2020 y SL4806-2020).

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

Ahora bien, frente al reparo formulado por Porvenir S.A. según el cual para la fecha en que la demandante llevó a cabo el traslado al RAIS no le era exigible a esta administradora suministrar la información con el detalle que se requiere, esta Sala indica que no está llamado a prosperar, pues, además de lo expuesto por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia CSJ SL1055-2022 citada previamente, lo cierto es que desde el año 1993 se consagró la obligación en cabeza de las administradoras de fondos de pensiones de informar de forma integral y suficiente a los afiliados del sistema, para que estos pudiesen escoger el régimen pensional que les resulte más favorable, conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 -posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003- y el parágrafo del artículo 18 del Decreto 656 de 1994. Este último, textualmente establece: «*PARAGRAFO. Los informes sobre modalidades de pensión que suministren las administradoras a los afiliados deberán contener los datos necesarios y suficientes sobre las alternativas existentes, de tal forma que permitan a los afiliados tomar decisiones que consulten sus mejores intereses.*»

Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria (1993-2009), al de asesoría y buen consejo (2009-2014), y finalmente al de doble asesoría (2014- en adelante). Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad,

por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido (sentencia CSJ SL4062-2021).

Así, para la fecha en la que el accionante se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad – **01 de octubre de 1999**, la obligación de la AFP se enmarcaba en el primer periodo, según el cual debía entregar información suficiente y transparente que le permitiera elegir «*libre y voluntariamente*» la opción que mejor se ajustara a sus intereses (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019), conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 -posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003- y el parágrafo del artículo 18 del Decreto 656 de 1994, lo cual implicaba la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

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

Resulta pertinente indicar, que ese deber de información debe cumplirse absolutamente siempre, con independencia de si el potencial afiliado es una persona con estudios académicos superiores, como por ejemplo abogado o con cargos laborales directivos o subdirectivos, ya que, esto no implica de ninguna manera que conozca el sistema pensional, configurándose como un afiliado lego en este puntual tema, y la AFP como la experta, y es que no puede ser de otra manera, pues los fondos privados cuentan con una estructura corporativa especializada, experta en la materia y respaldada en complejos equipos actuariales capaces de conocer los detalles de su servicio, lo que las ubica en una posición de preeminencia frente a los usuarios.

Ahora bien, aun cuando en el expediente obra el formulario de solicitud de afiliación de la AFP, de él solo se advierte la fecha de su diligenciamiento, los datos personales y laborales del accionante, de modo que únicamente da cuenta de una exigencia requerida para el ingreso de un afiliado con la fórmula pre-impresa en la

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

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

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

Con relación al reparo efectuado por Porvenir S.A. según el cual la demandante confesó que había recibido una información completa para efectuar el traslado, se indica que después de revisar en detalle tal medio de prueba, se concluye que en modo alguno la señora Sandra Sofía Gutiérrez Usaquén realizó tal declaración, por el contrario, lo que ella indicó fue que la asesora de la AFP Colpatria – hoy Porvenir S.A.- le había manifestado que el ISS desaparecería y que, de trasladarse al fondo privado podría pensionarse de manera anticipada y que recibiría unos rendimientos financieros que le permitirían tener una mesada pensional superior a la que tendría de permanecer en el ISS, cuestiones estas que no ocurrieron, a saber:

En ese momento en 1999 llegaron personas de Colpatria, en n ese tiempo nos informaron que el Seguro Social se terminaba y que con ellos nos íbamos a pensionar pues anticipadamente y con un mejor salario, porque el Seguro se terminaba. Realmente fue muy básico y conciso lo que nos dieron a entender, ya quedamos

prácticamente en manos de ellos. Fueron muy directos, que ya se acababa el seguro social y que quedamos muy bien representados con ellos.

[...] Nos dieron a entender que con ellos íbamos a obtener intereses mucho mejor que estando en el seguro social.

[...] Me siento engañada porque me dijeron que me podía pensionar anticipadamente con un mejor salario y eso no ocurrió [...] ya con la asesoría de mis abogados, me vengo a enterar que con ellos me pensiono con un mínimo [...]

Así, es evidente entonces que la demandante efectuó el traslado basada en una información errada sobre unos supuestos beneficios que jamás recibió y, además, con la convicción de que era la decisión que más le convenía, cuando lo cierto era que, por el contrario, lo que resultaba más favorable a sus intereses era permanecer en el RPM. Se concluye entonces que Porvenir S.A. no le suministró a la actora una asesoría adecuada basada en una información veraz y se valió del desconocimiento de aquella y de datos irreales, para incitarla a efectuar el mentado traslado, por lo que indefectiblemente debe declararse la ineficacia del mismo.

Adicionalmente, frente al reparo efectuado por Colpensiones según el cual el A quo desconoció los pronunciamientos de la Corte Constitucional en sentencias C1024-2004, SU062-2010 y SU130-2013, es preciso aclarar que los supuestos de fácticos contenidos en estas providencias no son análogos al caso que nos ocupa, pues en ellos se analiza el traslado de personas que cumplían los requisitos para ser beneficiarias del régimen de transición, sin que el debate se centrara en la información suministrada por las AFP ni mucho menos en la existencia de una ineficacia al efectuar el cambio de régimen, por lo que no es de recibo tal argumento.

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

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

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

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

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

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

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

Por lo tanto, se hace necesario Modificar y Adicionar el numeral segundo de la sentencia de primer grado, en el sentido de **CONDENAR** a la AFP Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones y esta a su vez a recibir por parte de aquellas, las cotizaciones recibidas en su integridad, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión

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

En consecuencia, se confirmará la decisión del *a quo* frente a la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen realizado con fecha de efectividad **01 de octubre de 1999** al RAIS a través de la AFP Porvenir S.A., con todas las consecuencias jurídicas impuestas en primera instancia.

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

PRESCRIPCIÓN

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

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

COSTAS

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

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

RESUELVE:

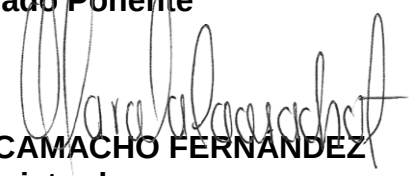
PRIMERO: ADICIONAR Y MODIFICAR EL NUMERAL TERCERO de la sentencia consultada, proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, únicamente en el sentido de **ORDENAR** a la **ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, a trasladar a COLPENSIONES y esta a su vez a recibir por parte de aquella, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados, y con cargo a sus propios recursos, y los rendimientos con las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, más los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual, durante el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a estas administradoras. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

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

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de Colpensiones y la AFP Porvenir S.A. Se fijan como agencias en derecho la suma de \$1.160.000 para cada una.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

A handwritten signature in black ink, featuring a large, stylized initial 'J' and 'V' followed by the name 'imena' in a cursive script.

ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

República de Colombia



Libertad y Orden

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

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	11001310500920190005802
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	SARA LESTON GONZÁLEZ
DEMANDADO	- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES - ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

En Bogotá D. C. a los veintiocho (28) días del mes de abril de dos mil veintitrés (2023), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA:

ANTECEDENTES

Pretende la señora **Sara Leston González** que se **declare** la nulidad del traslado del régimen de prima media con prestación definida (en adelante RPM) al de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS) realizado a través de la AFP Protección S.A. por la omisión al deber de información en que incurrió este fondo privado al momento en que se efectuó el traslado. En consecuencia, requiere que se **condene** esta AFP a retornar a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de su afiliación como cotizaciones con todos sus frutos, intereses, con los rendimientos que se hubieren causado, debidamente indexados. Adicionalmente, solicita que se condene a Colpensiones a admitir el traslado de régimen. Finalmente, pretende que se **condene** a las demandadas a lo perjuicios materiales y morales, a lo que resulte probado ultra y extra petita, y a las costas y agencias en derecho.

Como hechos fundamento de las pretensiones (f.º 29- 39 archivo A1, carpeta 1ª inst. exp. digital), señaló en síntesis, que nació el 18 de enero de 1966, que se afilió

al ISS hoy Colpensiones el 01 de septiembre de 1984; que cotizó de manera intermitente, estando afiliada hasta abril de 1994. Sostiene que, en ese mes y año, un asesor de la AFP Protección S.A. visitó la empresa en la que laboraba; que sin mediar asesoría idónea, promovió su afiliación a este fondo, con el argumento de que el entonces ISS sería liquidado y que sus aportares estarían en riesgo. Resalta que al momento de traslado Protección S.A. no le suministró información clara, suficiente y completa sobre las reales implicaciones de efectuar el traslado de régimen, como tampoco le informó que podría retornar al RPM 10 años antes de cumplir la edad para adquirir la pensión de vejez.

Expuso que, el 26 de diciembre de 2012, contando con 46 años, radicó a Colpensiones solicitud el traslado de régimen pensional, frente a la cual, esta entidad inicialmente, a través de oficio BZ2012-1537888-9577131 manifestó que efectuaría el estudio sin que finalmente hubiese realizado tal traslado, y, posteriormente, en escrito del 20 de junio de 2013, fue despachada desfavorablemente con el argumento de que no contaba con 15 años o más de servicios a la entrada en vigencia del Sistema de Seguridad Social en Pensiones. Menciona que el 18 de febrero de 2014 y el 21 de septiembre de 2018, presentó nuevamente requerimientos ante Colpensiones insistiendo sobre el traslado de régimen y que ello fue negado en ambas oportunidades; que el 14 de junio de 2014, elevó ante Protección una solicitud de traslado y que fue igualmente negada.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (f°1 a 26 archivo 23, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que la demandante nació el 18 de enero de 1966, y que al inicio de su vida laboral se afilió a Colpensiones, esto es, el 01 de septiembre de 1984. Igualmente tuvo como cierto que la demandante había solicitado el traslado de régimen el 26 de diciembre de 2012, así como las solicitudes posteriores del 18 de febrero de 2014 y del 21 de septiembre de 2018 con sus respuestas negativas. Lo demás hechos, nos negó

Como excepciones de mérito propuso las de cobro de lo no debido, prescripción, falta de causa para demandar, presunción de legalidad de los actos jurídicos, buena fe de las actuaciones de Colpensiones, inexistencia de la obligación, inobservancia del principio constitucional desarrollado en el artículo 48 constitucional adicionado por el Acto Legislativo 01 de 2005, el hecho de un tercero, calidades de la

demandante para conocer las consecuencias de su traslado y la innominada o genérica.

La **AFP PROTECCIÓN S.A.** contestó (f°81 a 105 archivo A4, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que la demandante nació el 18 de enero de 1966; que en el mes de abril los asesores de Protección S.A. acudieron a las instalaciones del empleador de la actora, que la demandante suscribió el formulario de solicitud de traslado el 25 de abril de 1994; que radicó solicitud de traslado ante la AFP y que la misma despachada de manera desfavorable. Los restantes hechos los negó.

Propuso como excepciones de fondo, las de inexistencia de la Obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del Sistema General de Pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y la innominada o genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 11 de mayo de 2022 (archivo C3 y C4 de la carpeta 1ª inst. exp. digital), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado del régimen realizado por la demandante SARA LESTON GONZÁLEZ el 25 de abril de 1994, del RPM administrado por el entonces ISS, hoy ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES; al RAIS administrado por la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., por lo considerado.

SEGUNDO: CONDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES, el capital depositado en la Cuenta de Ahorro Individual de la señora SARA LESTON GONZÁLEZ, junto con los 447 Página 2 de 2 rendimientos financieros, y los gastos de administración con cargo a sus propias utilidades. A su vez, se CONDENARÁ a Colpensiones reactivar su afiliación y recibir los conceptos que le fueron trasladados.

TERCERO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las demandadas, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

CUARTO: COSTAS Lo serán a cargo de PROTECCIÓN S.A. Tásense por Secretaría. Fíjense como agencias en derecho la suma correspondiente a 1 SMLMV, conforme a lo motivado.

Para **Fundamentar su decisión**, la Juez de primera instancia resaltó que efectivamente tenía como demostrado que la señora Yolanda Cecilia Torres Montes nació el 18 de enero de 1966; que inició su vinculación al sistema de seguridad social en el entonces ISS desde el 01 de septiembre de 1984, donde cotizó 246 semanas, para posteriormente, a través de diligenciamiento de formulario del 25 de abril de 1994, solicitar el traslado al RAIS administrado por Protección S.A.

Sostuvo que, el literal b) del artículo 13 de la Ley de 100 de 1993, estableció que la selección de cualquier régimen debía ser libre y espontánea; que a su vez, el artículo 271 del mismo cuerpo normativo, dispuso que si cualquier persona natural o jurídica limita o atenta contra el derecho de la libre elección de régimen pensional, la afiliación del trabajador quedaría sin efecto.

Resaltó que, conforme a lo establecido por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, el deber de información a cargo de las administradoras de pensiones ha sido exigible desde su creación y que se han identificado tres etapas, conforme a las normas que regulan el tema, que abarcan tres periodos, siendo el primero de estos del comprendido entre los años 1993 al 2009; que sobre este período, la Corte se pronunció en sentencia SL2209-2021, donde conceptuó que desde su creación, las AFP han tenido la obligación de suministrar al afiliado una información clara y suficiente sobre los efectos del cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito. Dijo que en sintonía con lo anterior, el Decreto 663 de 1993, consagró la obligatoriedad del suministro de la información completa y veraz a los usuarios del sistema por parte de las AFP. Determinó entonces que es claro que desde su fundación las administradoras tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, de manera que le permitiera a los afiliados escoger el régimen que mejor se ajustara a sus intereses, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud las características de cada régimen así como sus ventajas y desventajas.

Expuso que Protección S.A era quien tenía la carga de acreditar que a la demandante se le había brindado la información suficiente y correcta al momento del traslado del régimen pensional, pues, lo alegado por la actora con relación a la ausencia del cumplimiento del deber de información correspondía a una negación indefinida, la cual debía valorarse bajo la literalidad del artículo 167 del Código General del Proceso, que indica este tipo de negaciones no requieren prueba, de manera que a quien le correspondía comprobar el hecho positivo contrario, es decir, la debida asesoría e información, era a Protección S.A. Adicionalmente manifestó que, lo anterior se acompasa

con lo previsto en el artículo 1604 del Código Civil, que consiga que la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo, que en este caso naturalmente era Protección S.A.

Manifestó que, con las pruebas obrantes en el expediente, no era posible establecer que Protección S.A. en el año 1994, le hubiese indicado a la demandante las características, ventajas y desventajas objetivas de los regímenes vigentes, así como tampoco las consecuencias jurídicas del traslado, pues para demostrar el cumplimiento del deber de información no bastaba con la manifestación consignada en el texto preimpreso del formulario, como tampoco que le hubiese informado algunas de las ventajas del RAIS; que aunque las cotizaciones intermitentes de la demandante en año 1994, dificultaban a la administradora efectuar una proyección pensional al momento del traslado, lo cierto es que, esta entidad sí debió ponerle en conocimiento las características de cada régimen y las ventajas y desventajas de cada uno.

Advirtió que, el estudio sobre la eventual transgresión del derecho a la libre elección del régimen pensional con ocasión de la solicitud de traslado al RPM formulada ante Protección S.A. el 26 de diciembre de 2012, resultaba inane por cuanto la ineficacia declarada permite afirmar que la demandante nunca migró del RPM y, por tanto, tampoco podría tenerse como retornada a ese régimen del cual nunca habría salido, de modo que, al retrotraer el estado de la afiliada a esa data se torna en inocuo analizar lo sucedido en el año 2012, cuestión que además fue analizada en un caso similar por la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral en sentencia SL 1022-2022.

Frente a la excepción de prescripción, señaló que, por disposición del artículo 48 de la Constitución Política, la seguridad social es un derecho de carácter irrenunciable y que, conforme lo ha establecido la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la declaración de ineficacia del traslado no está sometida al termino trienal, por corresponder a un asunto que está estrechamente ligado a la construcción de un derecho pensional.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia, solicitando que fuera revocada en su integridad, argumentando que la Juez no tuvo en cuenta que de las pruebas practicadas demostraron un conocimiento por parte de la demandante de las características del régimen de ahorro individual lo que acreditaba que los asesores del fondo privado sí habían efectuado una asesoría adecuada. Asimismo, cuestionó que el A quo no tuvo en cuenta que los afiliados tienen la carga

de informarse y que, en este caso, es procedente cuestionar la validez de un traslado, cuando se mantuvo voluntariamente en el régimen por más de 20 años.

La **AFP PROTECCIÓN S.A.** interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia, solicitando que fuera revocada parcialmente sosteniendo que el A quo yerra al imponer la condena de efectuar la devolución o reconocimiento con destino a Colpensiones de los dineros que en su momento se descontaron por concepto de comisión de administración y la prima del seguro previsional, esto en atención a que corresponden a productos que fueron autorizados por el Legislador en la Ley 100 de 1993, que facultó a las AFP a efectuar la deducción de un porcentaje con cargo a la cotización de la pensión obligatoria del afiliado, con el fin de solventar los gastos operacionales de las labores de administración de los recursos que, por demás, fueron debidamente administrados por Protección S.A.; que ello estaría generando un enriquecimiento sin justa causa para Colpensiones, por lo que al Protección S.A. le asiste el derecho de conservar estos rubros como compensación de su labor. Alegó que la Jueza omitió tener en cuenta que la ineficacia, en estricto sentido, implicaría que el contrato de afiliación no habría existido, por lo que los rendimientos no se debieron haber causado. Resaltó que la Juez desconoció que existieron unas mejoras para el afiliado con ocasión de la gestión de Protección S.A., por lo que se deben necesariamente mantener los gastos de administración como contraprestación de tales actuaciones.

Indicó que, se desconoció que conforme lo ha indicado la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral en sentencia SL 2324-2019, el cobro de las primas de seguro previsional no puede retrotraerse por cuanto ello afectaría a terceros de buena fe y que, en este sentido, las actuaciones que se adelantaron de buena fe deben mantenerse. Finalmente, resaltó que sobre los gastos de administración y las primas de seguros previsionales es aplicable la prescripción, en tanto los mismos no están encaminados a financiar la cuenta de la demandante, por lo que no es dable que se les proteja con la imprescriptibilidad del derecho a la seguridad social.

CONSIDERACIONES

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

PROBLEMA JURÍDICO

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

En el presente asunto no es materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: *i)* que la señora **Sara Leston González** nació el 18 de enero de 1966 (f°10 archivo A1 carpeta 1ª inst. exp. digital); *ii)* que se afilió al ISS donde aportó desde el 01 de septiembre de 1984, hasta el 30 de abril de 1994, cotizando 246.57 semanas (f°1-2 archivo A3 carpeta 1ª inst. exp. digital); y *iii)* que el 25 de abril de 1994, solicitó el traslado al RAIS mediante la suscripción de un formulario de vinculación con la AFP Protección S.A., el cual se hizo efectivo a partir del 1° de mayo de 1994 (f.° 1 y 2, archivo A4, carpeta 1ª inst. exp. digital), donde ha venido cotizando hasta la fecha.

INEFICACIA DEL TRASLADO

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

Igualmente, se fijó por esa Corporación que es a las administradoras de pensiones a quienes les corresponde acreditar el cumplimiento del deber de información, pues exigir al afiliado una prueba del incumplimiento por parte de la AFP al deber de información es un despropósito, en la medida que la alegación de no recibir información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuar

el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; además, estableció que la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento, y finalmente explicó que no era razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación tienen una clara preeminencia respecto al afiliado lego, a tal punto que la legislación considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros (artículo 11, literal b), Ley 1328 de 2009) (CSJ SL1452-2019).

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

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

que la información suministrada tenía como propósito no solo evaluar las mejores opciones del mercado sino también la de «*poder tomar decisiones informadas*».

Concluyó la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral que, desde su fundación, las AFP tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. Sobre el particular, cabe traer a colación, lo dicho en la sentencia CSJ SL1055-2022, en la que se expuso:

Pues bien, es menester recordar que la Corte ha precisado de manera pacífica y reiterada que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones, se estableció en cabeza de las AFP el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados en forma clara, precisa y oportuna acerca de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas (CSJ: SL12136-2014, SL17595-2017, SL19447-2017, SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689-2019, SL3464- 2019, SL4360-2019, SL2611-2020 y SL4806-2020).

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

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

Así, para la fecha en la que la accionante se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad **–01 de mayo de 1994–**, la obligación de la AFP se enmarcaba en el primer periodo, según el cual debía entregar información suficiente y transparente que le permitiera elegir «*libre y voluntariamente*» la opción que mejor se ajustara a sus intereses (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019), conforme

al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 -posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003-, lo cual implicaba la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

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

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

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

Bajo el anterior contexto, resulta claro que la administradora de pensiones, no cumplió con el deber de información suficiente, clara, comprensible y oportuna sobre las características de los dos regímenes pensionales y las consecuencias que implicaba el retirarse del RPM al que se encontraba afiliado, carga probatoria que a ella le correspondía como se tiene adoctrinado por nuestro máximo órgano de cierre

(CSJ SL1565-2022, CSJ SL1055-2022, CSJ, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4426-2019, CSJ SL4806-2020 y CSJ SL4062-2021); en consecuencia, como ello no se acreditó, conduce a que **el traslado se torne ineficaz**, como acertadamente lo concluyó el juez de primer grado, por lo que habrá de confirmarse su decisión en lo relativo a este punto.

En cuanto al reparo formulado por ambas apelantes, en virtud del cual se alega que el A quo no tuvo en cuenta el carácter profesional de la demandante, quien era jefe de recursos humanos, encuentra esta Sala no está llamado a prosperar. Ello, en razón que del cargo ocupado por la señora Yolanda Cecilia Torres en modo alguno puede deducirse que, para el momento en que solicitó el traslado, ésta conocía en detalle el funcionamiento de los regímenes pensionales, las ventajas y desventajas de pertenecer a cada uno y el impacto que ello tendría en su futuro pensional. Se precisa que la demandante no era financiera ni pertenecía a la fuerza de trabajo de las administradoras, por lo que no tenía el carácter de profesional en el asunto. Mucho menos puede considerarse que esta situación podría sustraer a la AFP de su obligación de informar adecuadamente las implicaciones del cambio de afiliación. Sobre el particular, cabe traer a colación lo establecido por la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral en sentencia SL1729-2022:

Ahora bien, y contrario a lo afirmado por el ad quem, las alusiones y afirmaciones que giran en torno a la profesión de la demandante no tienen asidero en este tipo de controversias, pues, como ha sido reseñado por esta Sala, ni aun trabajando en el sector, los profesionales financieros tienen el conocimiento, la experiencia y la comprensión sobre el sistema pensional, y a partir de ello no podría colegirse que se excluya del deber del fondo de pensiones la obligación de brindar información sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, y las consecuencias del traslado (CSJ SL3349-2021).

Frente al reparo efectuado por Colpensiones según el cual la Juez no tuvo en cuenta lo declarado por la demandante con relación a que al momento del traslado se le informaron los beneficios del RAIS y que ello daba cuenta de que se le había asesorado en debida forma, advierte esta Sala que informar sobre las ventajas de tal régimen no corresponde a una asesoría completa, veraz y suficiente, pues, se reitera, el deber de información solo puede entenderse cumplido si se ponen en conocimiento, no sólo los beneficios, sino principalmente las desventajas o riesgos que trae consigo el cambio de régimen, a efectos de que los afiliados tomen la decisión que atienda a sus reales intereses, actuación que en este caso no se encuentra probada. En consecuencia, el reparo no está llamado a prosperar.

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

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

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

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

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

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

Cabe agregar, que por vía jurisprudencial se ha aceptado que los fondos de pensiones, también deben devolver a Colpensiones las «*primas de seguros previsionales*

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

Por lo tanto, se hace necesario adicionar la sentencia de primer grado, en el sentido de condenar a la AFP Protección S.A., a pagar con su propio patrimonio, los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados, toda vez que el *a quo* omitió ordenar en su totalidad la devolución de los mismos, como lo dispone la sentencia en cita, pues como se dijo, estos hacen parte de la cuenta de la demandante y con ellos es claro, que habrá de financiarse las prestaciones a que haya lugar por parte de Colpensiones.

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

Por último, respecto de la autorización que solicita Colpensiones para ejercer acciones judiciales para reclamar perjuicios, advierte la Sala que esa entidad de encuentra en la libertad de interponer las acciones que considere necesarias en pro de resarcir los perjuicios que considere ocasionados.

PRESCRIPCIÓN

En cuanto a la excepción de prescripción que propusieron las demandadas, esta Sala ha manifestado reiteradamente que la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible porque se trata de un estado jurídico que no está sujeto a aquel fenómeno extintivo como tampoco las consecuencias económicas que esta declaración se derivan (CSJ SL1688-2019, reiterada en CSJ SL4360-2019).

Tenemos entonces que ni los gastos de administración ni los valores por concepto de primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia son objeto del fenómeno prescriptivo, habida cuenta que estos recursos al contribuir con la financiación y construcción de un derecho pensional tampoco podrían ser objeto de prescripción, aún más, cuando estos recursos constituyen un fondo común de naturaleza pública, que garantiza no solo el pago de las eventuales prestaciones a las que pudiera tener derecho el aquí demandante, sino, el de todos los afiliados del régimen de prima media con prestación definida.

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

COSTAS

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

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

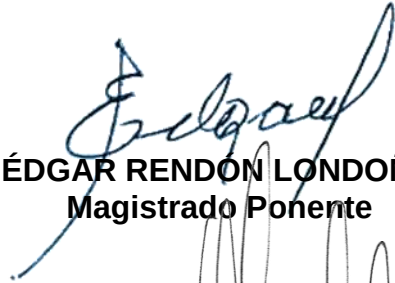
RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR EL NUMERAL SEGUNDO de la sentencia proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en el sentido de CONDENAR a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, a pagar con su propio patrimonio y trasladar a Colpensiones, los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de Colpensiones, y AFP Protección. Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de Colpensiones, y AFP Protección, la suma de \$1.160.000 a cada una.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

República de Colombia



Libertad y Orden

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

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	11001310501320190082601
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	- ARGENIS TAFUR OROSCO - CHRISTIAN ANDRES RODRÍGUEZ
DEMANDADO	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES
LITISCONSORTE NECESARIA POR PASIVA	BIVIANA RODRÍGUEZ TAFUR

En Bogotá D. C. a los Veintiocho (28) días del mes de abril de dos mil veintitrés (2023), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA:

ANTECEDENTES

Pretenden **Argenis Tafur Orosco y Christian Andrés Rodríguez** se **declare** que el señor Luis Alfredo Rodríguez Varón, dejó causado el derecho de pensión de sobrevivientes, en el régimen de prima media con prestación definida, en aplicación de la condición más beneficiosa; **declarar** que en calidad de compañera permanente e hijo, son beneficiarios de dicha prestación desde el 7 de diciembre de 1999, fecha de la muerte del afiliado; **condenar** a Colpensiones al pago de la pensión de sobreviviente en un porcentaje del 50% para cada uno, junto con los incrementos legales y mesadas pensionales hasta la fecha de inclusión en nómina; **condenar** al pago de los intereses moratorios en los términos del artículo 141 de la ley 100 de 1993, o en su defecto el pago de la indexación de las mesadas pensionales; que se **condene** a la demandada al pago de costas y agencias en derecho.

Como hechos fundamento de las pretensiones (f °. 6 a 10 y 78 a 80 archivo 1, carpeta 1ª inst.), señalaron en síntesis, que el fallecimiento del señor Luis Alfredo Rodríguez Varón fue de origen común y se produjo el 7 de diciembre de 1999; que al momento de su deceso se encontraba afiliado en el régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS y dejó cotizado un total de 453 semanas, de las cuales 150 fueron cotizadas entre el 1 de abril de 1994, al 7 de diciembre de 1999; que el afiliado convivió con Argenis Tafur Orosco, en calidad de compañeros permanentes, desde el 11 de noviembre de 1990, y hasta la fecha de su muerte; que fue solicitada la pensión de sobreviviente ante el ISS, la que fue resuelta desfavorablemente en la resolución No. 006446 de 2000, bajo el argumento que el causante no reunía los requisitos exigidos en el artículo 46 de la ley 100 de 1993; que el ISS a través de la Resolución No. 006446 de 2000, les reconoció a Argenis Tafur Orosco, Christian Andrés y Biviana Rodríguez Tafur, la indemnización sustitutiva de pensión de sobreviviente; que Biviana Rodríguez Tafur cuenta con 27 años de edad y no le asiste derecho alguno a reclamar la prestación; que Christian Andrés Rodríguez cuenta con 20 años de edad y se encuentra estudiando.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** contestó (f° 106 a 111 archivo 1, carpeta 1ª inst.), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que el señor Luis Alfredo Rodríguez Varón falleció el 7 de diciembre de 1999, fecha para la cual se encontraba afiliado en el régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS, cotizando allí un total de 453 semanas, de las cuales 150 fueron cotizadas entre el 1 de abril de 1994 al 7 de diciembre de 1999; que el afiliado convivió con Argenis Tafur Orosco, en calidad de compañeros permanentes, desde el 11 de noviembre de 1990 y hasta la fecha de su deceso; que fue solicitada la pensión de sobreviviente ante el ISS y que la misma fue negada en la Resolución No. 006446 de 2000, debido a que el causante no reunía los requisitos exigidos en el artículo 46 de la ley 100 de 1993; que a través de la Resolución No. 006446 de 2000, el ISS les reconoció a Argenis Tafur Orosco, Christian Andrés y Biviana Rodríguez Tafur, la indemnización sustitutiva de pensión de sobreviviente. Frente a los restantes supuestos fácticos, dijo no constarle. Como excepciones de mérito, propuso las de prescripción, caducidad, cobro de lo no debido y buena fe.

El juzgado de conocimiento, a través de proveído adiado 27 de febrero de 2021, dispuso la vinculación de **Biviana Rodríguez Tafur** como litisconsorte necesario por pasiva, quien no efectuó pronunciamiento alguno y como consecuencia

de ello, se le tuvo por no contestada la demanda, conforme se avizora en el auto del 3 de mayo de 2021 (fº. 134 a 137. 154 y 155, archivo 1, carpeta 1ª inst. exp. digital).

En atención a lo dispuesto en los Acuerdos PCSJA21-11766 del 11 de marzo de 2021, el expediente de la referencia, fue trasladado del Juzgado Trece (13) Laboral del Circuito de Bogotá al Juzgado Primero (1º) Transitorio Laboral del Circuito del mismo distrito judicial.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Primero (1º) Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 10 de agosto de 2021 (archivo 14 carpeta 1ª inst. exp. digital), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR que los demandantes ARGENIS TAFUR OROZCO y CHRISTIAN ANDRÉS RODRIGUEZ TAFUR, así como BIVIANA MARITZA RODRÍGUEZ TAFUR, en sus calidades de compañera permanente e hijos respectivamente del causante LUIS ALFREDO RODRIGUEZ VARON, les asiste el derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, con ocasión al fallecimiento del mencionado afiliado, según se expuso.

SEGUNDO: DECLARAR PROBADA LA EXCEPCION DE PRESCRIPCION, frente a las mesadas que se causaron a favor de la señora ARGENIS TAFUR OROZCO con anterioridad al 5 de agosto de 2016. Así mismo declarar probada el medio exceptivo en mención respecto de las mesadas que se causaron en favor de BIVIANA MARITZA RODRÍGUEZ TAFUR desde el 7 de diciembre de 1999 hasta el 17 de enero de 2010, según se expuso.

TERCERO: CONDENAR A COLPENSIONES a pagar a favor de la demandante las mesadas causadas entre el 5 de agosto de 2016 y el 30 de agosto de 2019, en un equivalente al 50% del salario mínimo; en el caso que el señor CHRISTIAN ANDRÉS RODRÍGUEZ TAFUR, no acredite su calidad de estudiante desde el mes de septiembre de 2019 y hasta el 21 de agosto de 2023-calenda en que cumple los 25 años-, se acrecentará en un porcentaje del 100% a favor de la señora ARGENIS TAFUR, retroactivo que deberá ser debidamente indexadas.

CUARTO: CONDENAR A COLPENSIONES a pagar a favor de CHRISTIAN ANDRÉS RODRIGUEZ TAFUR, las mesadas causadas entre el 7 de diciembre de 1999 y el 17 de enero de 2010, equivalente al 25% del salario mínimo, y desde el 18 de enero de 2010 hasta el 30 de agosto de 2019, en un 50%, sujetándose el pago a partir del mes de septiembre de 2019 y hasta el mes de agosto de 2023-fecha en que cumple los 25 años de edad-a que acredite ante la entidad de seguridad social la calidad de estudiante- suma que deberá ser indexada al momento de su pago, según se expuso.

QUINTO: AUTORIZAR a COLPENSIONES a descontar del retroactivo pensional general lo pagado por indemnización sustitutiva y los aportes con destino al sistema de seguridad social en salud.

QUINTO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

SEXTO: COSTAS. en esta instancia a cargo de COLPENSIONES, y a favor de los demandantes. Fíjese la suma de \$1.500.000 como agencias en derecho a cargo de cada uno de las accionadas.

SÉPTIMO: En caso de no ser apelada la presente decisión, remítase el expediente al H. Tribunal Superior de Bogotá-Sala Laboral, a fin de que se surta el grado jurisdiccional de consulta.

Para fundamentar su decisión, sostuvo que por regla general la pensión de sobreviviente se define por la norma vigente al momento del fallecimiento del afiliado o pensionado; sin embargo, por vía jurisprudencial se planteó la excepción a esta regla, en virtud del principio de la condición más beneficiosa, la que permite aplicar la norma inmediatamente anterior ante el tránsito legislativo y ante la ausencia de un régimen de transición. Encontró demostrado que el afiliado Luis Alfredo Rodríguez Varón falleció el 7 de diciembre 1999, por lo que la norma aplicable, en principio, es el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, en su texto original, por lo que es claro que él no alcanzó a cotizar las 26 semanas dentro del año inmediatamente anterior a su deceso, debido a que, de su historia laboral se logró establecer que la última cotización fue realizada en febrero de 1999, es decir que no se encontraba cotizando para la fecha del deceso.

Frente al cumplimiento de los requisitos del Acuerdo 049 de 1990, en aplicación del principio a la condición más beneficiosa, indicó que de la historia laboral del afiliado se extrae que cotizó 453 semanas en toda su vida laboral, estos es, desde 7 de diciembre 1989, al 28 de febrero de 1999, de las cuales 204,71 fueron cotizadas antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, por tal razón, no fue acreditado el cumplimiento de las 300 semanas, sin embargo, si acreditó 150 semanas dentro de los 6 años anteriores a la entrada en vigencia del sistema de seguridad social integral y 150 semanas con posterioridad al 1 de abril de 1994, por lo que se encuentra probado que, en virtud del principio de la condición mas beneficiosa, el afiliado dejó causado el derecho pensional a favor de sus beneficiarios a partir del 7 diciembre 1999, fecha de su deceso.

Estableció que, el valor de la mesada pensional era el equivalente al salario mínimo. A favor de la señora Argenis Tafur Orosco fue reconocido el 50% de la prestación y el restante fue dividido en un porcentaje del 25% a favor de Christian Andrés y Biviana Rodríguez Tafur. De igual forma, señaló que, dentro del proceso no existía controversia frente a la calidad de beneficiarios de la pensión de sobreviviente, debido a que el ISS en la Resolución 7446 de 2000, otorgó a favor de ellos la indemnización sustitutiva; a su vez, indicó que el reconocimiento de esta prestación no implicaba la renuncia por parte de los causahabientes a reclamar la pensión de sobrevivientes.

Respecto a la excepción de prescripción señaló:

Frente a la señora Argenis Tafur Orosco, sostuvo que ella presentó reclamación del derecho 9 de febrero de 2000, requerimiento que fue atendido mediante la resolución 006446 de la misma anualidad; sin embargo, la demanda fue presentada el

5 de agosto de 2019, por esta razón, declaró que las mesadas causadas con anterioridad al 5 de agosto de 2016 se encuentran prescritas.

En relación con los hijos del causante, arguyó que el término prescriptivo fue suspendido, conforme lo dispuesto en los artículos 2530 y 2541 del Código Civil, como quiera para la ocurrencia de la muerte del afiliado eran menores de edad, por lo que podrían exigir sus derechos dentro de los 3 años siguientes al cumplimiento de la mayoría de edad. Para el caso de Biviana Rodríguez Tafur, indicó que nació el 17 de enero de 1992 y que los 18 años fueron cumplidos en el mismo día y mes del año 2010, que se hizo partícipe de la demanda el 5 de agosto de 2020, en calidad de litisconsorte necesario, por lo tanto, las mesadas pensionales causadas desde la fecha del deceso de su progenitor y hasta el cumplimiento de la mayoría de edad están prescritas, y al no demostrar la calidad de estudiante no causó el derecho con posterioridad al cumplimiento de la mayoría de edad.

En lo que se refiere a Christian Andrés Rodríguez, reseñó que nació el 21 de agosto de 1998, por lo que la mayoría de edad fue cumplida el mismo día y mes del año 2016; que presentó demanda dentro de los 3 años siguientes, esto es el 5 de mayo de 2019, por lo tanto, la prescripción no afectó ninguna mesada pensional. De acuerdo con ello, determinó que a este beneficiario debía reconocérsele la prestación a partir del 7 de diciembre de 1999 y hasta el 17 de enero de 2010, en un porcentaje del 25% y a partir del día 18 de enero de 2018, se acrecentó su mesada en 50%, en virtud que su hermana Biviana Rodríguez Tafur alcanzó la mayoría de edad. Prestación que deberá ser reconocida hasta agosto de 2023, siempre que se acredite la calidad de estudiante ante la entidad. Cumplido lo anterior, se acrecentará la mesada pensional a favor de la señora Argenis Tafur Orosco al 100%.

Frente a los intereses moratorios, consideró que existían razones atendibles para exonerar a Colpensiones de este concepto, teniendo en cuenta que la entidad aplicó el fundamento jurídico que regulaba la situación particular, siendo concedida la prestación en virtud de precedentes jurisprudenciales, por lo que no hay lugar a imponer condena por este rubro. Sin embargo, resaltó que las condenas que se generan por concepto de retroactivo pensional, deben ser indexadas al momento de su pago.

Finalmente, dispuso que se autorizaba a Colpensiones a descontar del retroactivo, lo pagado por concepto de indemnización sustitutiva y los aportes con destino al sistema de seguridad social en salud.

RECURSO DE APELACIÓN

Los demandantes **CHRISTIAN ANDRÉS RODRÍGUEZ TAFUR** y **ARGENIS TAFUR OROSCO** impetraron recurso de apelación, con la finalidad que se ordene pagar al afiliado Christian Rodríguez el 50% de la mesada pensional, entre el 7 de diciembre de 1999 hasta la fecha, teniendo en cuenta que Biviana Rodríguez Tafur no acreditó la calidad de estudiante y ya es mayor de 25 años, por lo que no tiene derecho a las mesadas pensionales causadas con ocasión del fallecimiento del señor Luis Alfredo Rodríguez. Adicionalmente, el demandante Christian Andrés sí acreditó la calidad de estudiante e interrumpió la prescripción dentro de la oportunidad correspondiente.

De otra parte, sostuvo que la fecha de reconocimiento de las mesadas pensionales a favor de la señora Argenis Tafur Orosco, no debe ser desde el 5 de agosto de 2016, sino desde el 1 de agosto de 2016, en virtud que la Corte Suprema de Justicia, ha establecido que las pensiones se pagan por mensualidades vencidas y se hace exigibles mes vencido, por lo que teniendo en cuenta que la demanda se presentó el 5 de agosto de 2019, la mesada debe pagarse a partir del 1 de agosto de 2016 en adelante.

Otro de los puntos de inconformidad planteados en contra de la sentencia proferida, fue la absolución de los intereses moratorios y para tal efecto solicita que sea modificado este numeral y en su lugar se condene a Colpensiones al pago de los intereses moratorios, desde el reconocimiento de cada una de las mesadas pensionales, teniendo en cuenta que el artículo 141 de la ley 100 de 1993, establece que, en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales se debe reconocer sobre el importe de ella, la tasa máxima de intereses moratorio vigente al momento en que se efectuó el pago. Adicional a ello, conforme planteamiento de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, no se debe analizar si la entidad actuó o no de buena fe, pues esta condena opera de manera automática cuando a partir de la solicitud la prestación no se otorga en los plazos establecidos.

Finalmente, en cuanto a la autorización de descuento de los valores por concepto de indemnización sustitutiva, sostuvo que en los términos del artículo 282 del CGP, la excepción de compensación no pudo ser declarada de oficio, sino que debe ser alegada en la contestación de la demanda, medio exceptivo que no fue propuesto por Colpensiones, por tanto, no es procedente esta autorización.

A pesar de lo anterior, señaló que en el evento en que se confirme esta decisión, solicita que se autorice el descuento reconocido en la Resolución 6446 de 2000, esto

es \$1.774.189 en el caso de Argenis Tafur Orosco y para Christian Andrés Rodríguez, la suma de \$887.094 pesos, sin que sea dable que se descuente lo reconocido a Biviana Rodríguez Tafur. De otra parte, solicitó que su devolución sea realizada sin indexación alguna, pues afecta el derecho pensional de los demandantes.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación presentado por Argenis Tafur Orosco y Luis Alfredo Rodríguez Varón, así como en el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del CPTSS.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los antecedentes dados, procede esta Sala a determinar lo siguiente: **i)** si a los demandantes Argenis Tafur Orosco y Christian Andrés Rodríguez les asiste el derecho a percibir la pensión de sobrevivientes como beneficiarios del causante y en virtud de la aplicación de la condición más beneficiosa; **ii)** si hay lugar a reconocer la prestación a favor del señor Christian Andrés Rodríguez en un porcentaje equivalente al 50% desde el 7 de diciembre de 1999; **iii)** si se debe ordenar el pago de la mesada pensional a favor de la señora Argenis Tafur Orosco a partir del 1 de agosto de 2016; **iv)** si hay lugar a ordenar el pago de los intereses moratorios consagrados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 y finalmente **v)** si resulta procedente autorizar que del retroactivo pensional, se descuente lo reconocido en la Resolución 6446 de 2000, por concepto de indemnización sustitutiva.

En el presente asunto no es materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: **i)** que el señor Luis Alfredo Rodríguez Varón falleció el 7 de diciembre de 1999 (fº. 28, archivo 1, carpeta 1ª inst. exp. digital); **ii)** que el causante estaba afiliado al ISS donde había cotizado 453 semanas entre el 7 de diciembre de 1989 al 29 de febrero de 1999 (fº. 37, 38,141 a 148, archivo 1, carpeta 1ª inst. exp. digital); **iii)** que el ISS mediante Resolución 06446 del 26 de abril de 2000, le reconoció a Argenis Tafur Orosco, en calidad de compañera permanente del fallecido, a Christian Andrés y Biviana Rodríguez Tafur, en calidad de hijos del causante, una indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes en cuantía de \$1`774.189, \$887,094 y \$887,094, respectivamente.

Conforme lo anterior, dado que el ISS en la Resolución 06446 del 26 de abril de 2000, le reconoció a los demandantes la calidad de beneficiarios de las prestaciones económicas derivadas de la muerte del señor Rodríguez Varón, al otorgarles la indemnización sustitutiva, ello implica que también son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes. Así lo ha entendido la Corte Suprema de Justicia entre otras en sentencias CSJ SL667-2013, CSJ SL11548-2015, CSJ SL2152-2019, CSJ SL5037-2020y más recientemente en CSJ SL3933-2021.

PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES

Empieza la Sala por señalar que en tratándose de la causación de la pensión de sobrevivientes, la norma aplicable es aquella vigente al momento del deceso del pensionado y/o afiliado, por manera que al no existir controversia respecto de que el señor Luis Alfredo Rodríguez Varón falleció el 7 de diciembre de 1999, no hay duda de que el precepto normativo que gobierna el caso es el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, en su versión original (CSJ SL4795-2018, CSJ SL5229-2018 y CSJ SL1379-2019).

En efecto, el artículo 46 de la mencionada Ley 100, al regular los requisitos que debe dejar acreditados el fallecido para causar la pensión de sobrevivientes en favor de sus beneficios, dispuso:

ARTICULO 46. Requisitos para obtener la Pensión de Sobrevivientes. Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:

1. Los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez, o invalidez por riesgo común, que fallezca, y

*2. Los miembros del grupo familiar del **afiliado que fallezca**, siempre que éste hubiere cumplido alguno de los siguientes requisitos:*

a) Que el afiliado se encuentre cotizando al sistema y hubiere cotizado por lo menos veintiséis (26) semanas al momento de la muerte;

b) Que habiendo dejado de cotizar al sistema, hubiere efectuado aportes durante por lo menos 26 semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca la muerte.

(...)

En este orden, acorde a los presupuestos legales establecidos por dicha normativa, es evidente que para efectos de obtener el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes pretendida, se requiere primero determinar si el fallecido para el momento de su deceso estaba aportando o había dejado de cotizar.

Entonces, al verificar la historia laboral expedida por Colpensiones (fº. 141 a 148, archivo 1, carpeta 1ª inst. exp. digital), se evidencia que la última cotización del señor Rodríguez fue el 28 de febrero de 1999, es decir, que para la data de su muerte,

7 de diciembre de 1999, no estaba cotizando, ubicándose entonces en el numeral 2 literal b) del artículo 46 de la Ley 100 de 1993, que exigía 26 semanas en el año inmediatamente anterior al momento del deceso.

Así, al revisar la historia laboral expedida por Colpensiones se observa que el causante entre el 7 de diciembre de 1998, y el mismo día y mes del año 1999, aportó 7,43 semanas, de donde fácilmente se colige que no dejó causado el derecho a la pensión de sobrevivientes bajo esta normatividad.

PRINCIPIO DE LA CONDICIÓN MÁS BENEFICIOSA

La Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, en la sentencia CSJ SL4064-2019, reiterada en la CSJ SL1663-2021, sobre la aplicación de este principio, sostuvo:

Pues bien, para dar respuesta a los planteamientos de la censura, importa recordar que en estos casos, en los que el óbito del causante ocurre en vigencia la Ley 100 de 1993, en su redacción original, la Corte ha aceptado la aplicación del principio de la condición más beneficiosa, en aras de permitir un estudio de la prestación a la luz de lo establecido en el artículo 25 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, de lo que son ejemplo las sentencias CSJ SL, 13 ag. 1997, rad. 9758, CSJ SL, 9 jul. 2008, rad. 30581, CSJ SL, 12 abr. 2011, rad. 41300, y CSJ SL, 17 abr. 2013, rad. 47174. En la última de las providencias mencionadas, esta Corporación explicó:

En lo que tiene que ver con el fondo de la acusación, contrario a lo que sostiene la censura, el Tribunal sí reconoció que el afiliado había fallecido durante la vigencia de la Ley 100 de 1993 y que, por tal razón, esa era la norma llamada a regular el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes. No obstante, también entendió que a pesar de que no se reunían los requisitos allí definidos, era posible acudir a las previsiones del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, por virtud del principio de la condición más beneficiosa. (Negrillas fuera del texto original).

Con dicha reflexión no incurrió en alguna imprecisión jurídica, pues esta Sala de la Corte ha sostenido de manera reiterada que cuando la muerte del afiliado ocurre en vigencia de la Ley 100 de 1993, en su redacción original, es posible estudiar el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, con apego a los requisitos establecidos en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, por virtud del principio de la condición más beneficiosa. Dicha orientación ha sido mantenida desde la sentencia del 13 de agosto de 1997, Rad. 9758, en la que se dijo al respecto: (Negrillas fuera del texto original).

(...)

Además cabe resaltar que mientras los artículos 6 y 25 del Acuerdo 49 de 1990 señalaron como requisitos de aportes para la pensión de sobrevivientes de origen común reunir 150 semanas de cotización sufragadas en los 6 años anteriores a la muerte o 300 en cualquier tiempo, el nuevo ordenamiento legal de prima media con prestación definida de la ley 100 redujo las semanas a sólo 26 en cualquier tiempo para quienes estuvieran afiliados al momento de la muerte, y para quienes dejaron de cotizar al sistema introdujo la condición de que las mismas 26 hubiesen sido sufragadas dentro del año inmediatamente anterior al fallecimiento, por lo que ante tal realidad y en atención al postulado protector propio del derecho del trabajo y de la

seguridad social, se actualiza por excelencia en el caso objeto de estudio, el principio de la condición más beneficiosa, contemplado en el artículo 53 de la Constitución Política.

En consecuencia, sería violatorio de tal postulado y del principio constitucional de la proporcionalidad, entender que dentro del nuevo régimen de la ley 100 - que redujo drásticamente el requisito de intensidad de semanas -, quedaron abolidas las prerrogativas de los derechohabientes originadas por afiliados que durante su vinculación como sujetos activos de la seguridad social habían cumplido todas las cotizaciones exigidas en el reglamento aplicable y antes de entrar a regir la nueva ley se desafiliaron del sistema al considerar fundadamente que por faltarles únicamente el requisito del fallecimiento sus familiares podrían reclamar la respectiva prestación al momento de su deceso.

Por lo anterior, la circunstancia de no haber cotizado el causante ninguna semana al ISS, en el año inmediatamente anterior a su fallecimiento, en manera alguna aparea la ineficacia de sus aportes durante más de 20 años (más de 1.200 semanas), porque esa condición más beneficiosa estatuida en el régimen del Acuerdo 049 está amparada por el artículo 53 suprallegal y por ende tiene efectos después del 1º de abril de 1.994, para la eficacia del cubrimiento del seguro de invalidez, vejez y muerte, dado que el mínimo de semanas requerido estaba más que satisfecho; es más, era tal la densidad de ellas que superaba las exigidas para la pensión de vejez (artículo 12 del mismo Acuerdo).

Así mismo, no escapa a la Sala que ante una contradicción tan evidente, impone el sentido común el imperio de una solución cimentada en una interpretación y aplicación sistemática de normas y en el espíritu de las mismas, consultando los principios de equidad y proporcionalidad. Y en tal orden de ideas se apartaría de estos postulados la decisión jurisdiccional que sin ningún análisis contextual aplicara al caso el artículo 46 de la ley 100 de 1.993, y so pretexto de haberse producido el deceso a los 3 meses y 23 días de entrar en vigencia el nuevo régimen de seguridad social y de no tener cotizadas el causante 26 semanas en el año anterior al fallecimiento, se negase a sus derechohabientes la pensión de sobrevivientes, que edificó el afiliado durante más de 20 años, las que le daban derecho a causar no sólo pensión de sobrevivientes sino aun a estructurar el requisito de aportes para la pensión de vejez.

Si se acogiera tal solución fría y extremadamente exegética se llegaría al absurdo que un mínimo de cotizaciones efectuadas durante solo 6 meses anteriores a la muerte da más derecho que el esfuerzo de aportes durante toda una vida laboral efectuado por quien cumplió con todos los cánones estatuidos en los reglamentos vigentes durante su condición de afiliado, lo cual no solamente atenta contra los principios más elementales de la seguridad social, sino también contra la lógica y la equidad.

Por tanto, siendo indiscutible el cumplimiento de todas las cotizaciones estatuidas por el régimen vigente durante la vinculación de SAUL DARIO MESA RODRIGUEZ al seguro de invalidez, vejez y muerte, luego de lo cual se produjo su muerte y ante la presencia de dos sistemas normativos de seguridad social de posible aplicación razonable, a juicio de la Corte, como son el Acuerdo 049 - decreto 0758 de 1.990- y la ley 100 de 1.993, debe inclinarse el juzgador, con arreglo al texto 53 suprallegal por la norma de seguridad social vigente al momento de culminación de la afiliación, esto es el primero de los estatutos mencionados, por ser el régimen más favorable a quien en vida cumplió en desarrollo de su labor con el sistema de seguridad social, para su protección y la de su familia.

(...)

La mencionada postura fue precisada en sus condiciones, a través de decisiones como la del 9 de julio de 2008, Rad. 30581, en la que se anotó:

*“En segundo lugar es de recordar, que sobre el tema en cuestión, esta Corporación **tiene su propio criterio y ha adoctrinado mayoritariamente**, que un*

afiliado al régimen del Instituto de los Seguros Sociales, que tenga en su haber el número y densidad de semanas exigidas por los artículos 6°, 25 y 27 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, esto es, 150 semanas dentro de los seis años anteriores a la fecha del deceso o 300 en cualquier época, aunque fallezca en vigor de la nueva ley de seguridad social y no cumpla con el requisito del artículo 46 de la Ley 100 de 1993 relativo a las 26 semanas cotizadas al sistema para el momento de la muerte o dentro del último año, tiene derecho a que se le aplique el principio de la condición más beneficiosa consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, a fin de definir su situación pensional respecto de sus beneficiarios.

(...)

*Al respecto conviene agregar, en lo concerniente a las dos hipótesis que contiene la normatividad que antecede a la nueva ley de seguridad social, esto es, el literal b) del artículo 6° del Acuerdo 049 aprobado por el Decreto 758 de 1990, la Corte adicionalmente ha sostenido, que la primera, en la que se mencionan 300 semanas cotizadas en cualquier tiempo, ese número debe estar satisfecho para el momento en que comenzó a regir la Ley 100 de 1993; en cambio frente al segundo supuesto de la norma, relativo a una densidad de 150 semanas aportadas al ISS "dentro de los seis años anteriores a la muerte del afiliado", recientemente se fijó el criterio consistente en que este requisito **para efectos de la aplicación de la condición más beneficiosa**, cuando el deceso acontece en imperio de la Ley 100 de 1993, se debe considerar cumplido contabilizando esos seis años pero desde el 1° de abril de 1994 hacía atrás, es decir remontándose en el tiempo hasta el 1° de abril de 1988, y además es menester que el asegurado también tenga en su haber esa misma densidad de semanas (150) en los seis años que anteceden al fallecimiento, en el entendido de que el suceso de la muerte ocurriera antes del 1° de abril de 2000, según se dejó sentado en casación del 4 de diciembre de 2006 radicado 28893 que rememoró la decisión del 26 de septiembre de igual año radicación 29042, (...)"*

La anterior doctrina ha sido reiterada en decisiones como las del 12 de abril de 2011, Rad. 41300, 13 de marzo de 2012, Rad. 45418, 17 de abril de 2012, Rad. 43716, 28 de agosto de 2012, Rad. 41816 y 30 de enero de 2013, Rad. 39012, entre muchas otras. (Subrayas fuera del texto)

Como en este caso el afiliado fallecido tenía más de 300 semanas cotizadas para el momento en el que entró a regir la Ley 100 de 1993, es claro que se cumplían a cabalidad los requisitos necesarios para disponer el pago de la pensión de sobrevivientes a sus beneficiarios, con arreglo a lo dispuesto en los artículos 6 y 25 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, aplicable por virtud del principio de la condición más beneficiosa.».

Acogiendo lo plasmado por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia transcrita, en el asunto bajo examen, se tiene que el causante falleció el 7 de diciembre de 1999, por ende, conforme al principio de condición más beneficiosa, la normativa inmediatamente anterior es el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de igual año, la cual exigía como requisitos para el reconocimiento de la prestación por muerte, 300 semanas de aportes en toda la vida laboral o 150 en los 6 años anteriores a la muerte.

Ahora bien, sobre la forma en que deben contabilizarse esas semanas, la Corte Suprema de Justicia en sentencia CSJ SL11548-2015 reiterada en CSJ SL5147-2020, señaló:

En torno a la aplicación de dichos preceptos [artículos 6.º y 25 del Acuerdo 049 de 1990] y, cuando el asegurado fallece en vigencia de la Ley 100 de 1993, y no cumplía la densidad de cotizaciones exigida por el artículo 46 en su original redacción, de dicha ley, para dejar causado el derecho a la pensión de sobrevivientes, ha dicho la Corte lo siguiente:

En cuanto a las trescientas (300) semanas cotizadas en cualquier época con anterioridad al estado de invalidez -y que para el caso de la pensión de sobrevivientes es con anterioridad al fallecimiento-, deben estar satisfechas al momento en que entró en vigencia la Ley 100 de 1993.

Respecto de las ciento cincuenta (150) semanas cotizadas dentro de los seis (6) años anteriores al estado de invalidez -y que igualmente para el caso de la pensión de sobrevivientes, son anteriores al fallecimiento-, esa densidad debe estar satisfecha, pero contabilizando ese tiempo desde el 1º de abril de 1994 hacía atrás, y adicionalmente tener esa misma densidad en los seis (6) años anteriores a su fallecimiento. (...)

Acorde con el anterior criterio doctrinal, al verificar las semanas cotizadas por el fallecido, se tiene que él aportó antes de la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993, un total de 204,56 semanas, y con posterioridad a esta data cotizó 248,44 semanas, de donde se desprende que sí dejó causada la pensión de sobrevivientes en los términos del Acuerdo 049 de 1990, aplicable en virtud del principio de la condición más beneficiosa, toda vez que tenía el número de semanas exigido por dicha normativa al momento de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993.

En consecuencia, se confirmará la sentencia de primer grado respecto del otorgamiento de la pensión de sobrevivientes.

PORCENTAJE DE RECONOCIMIENTO DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTE A FAVOR DEL SEÑORA CHRISTIAN ANDRÉS RODRÍGUEZ

Pretende la recurrente que, al señor Christian Rodríguez se le reconozca el 50% de la mesada pensional desde la fecha de fallecimiento del afiliado, esto es, desde el 7 de diciembre de 1999, hasta la fecha, bajo el argumento que su hermana Biviana Rodríguez Tafur, es mayor de edad, a la fecha de presentación de la demanda contaba con mas de 25 años de edad y nunca acreditó la calidad de estudiante.

Sobre el particular, es menester aclararle a la recurrente la que pensión de sobreviviente únicamente se acrecentó a favor del señor Christian Andrés Rodríguez Tafur, en un 50%, una vez su hermana Biviana Rodríguez Tafur llegó a la mayoría de edad, debido a que no acreditó ante la entidad de seguridad social demandada, ni en el curso del presente proceso, la calidad de estudiante que le permitirá el reconocimiento de mesadas en pensionales, más allá del 17 de enero de 2010.

De otro lado, se debe hacer notar que conforme lo declarado en primera instancia, Biviana Rodríguez Tafur fue beneficiaria de la prestación de sobreviviente, con ocasión del fallecimiento de su progenitor Luis Alfredo Rodríguez Varón; sin embargo, ante la falta de reclamación del derecho, dentro de la oportunidad contemplada en el artículo 151 del CPTSS, las mesadas pensionales que le correspondían fueron declaradas prescritas, sin que en manera alguna se pueda entender o sostener que en virtud de la operancia de este fenómeno jurídico, automáticamente deba acrecentarse el porcentaje de reconocimiento de la pensión a favor de los demás beneficiarios de la prestación.

Por tal razón, no hay lugar a acoger los argumentos expuestos por la parte recurrente, en el que a este punto de apelación se refiere.

RECONOCIMIENTO DEL RETROACTIVO A FAVOR DE LA DEMANDANTE

Manifestó la recurrente que, la fecha de reconocimiento de las mesadas pensionales a favor de la señora Argenis Tafur Orozco, no debe ser desde el 5 de agosto de 2016, sino desde el 1 de agosto de 2016, en virtud que la Corte Suprema de Justicia, ha establecido que las pensiones se pagan por mensualidades y se hace exigible mes vencido.

Al respecto, se advierte que le asiste asidero jurídico a la impugnante, como quiera que la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, en la sentencia CSJ SL1011-2021, reiterada entre otras, en la CSJ SL5683-2021, CSJ SL4464-2021 y CSJ SL4331-2022, señaló:

*Llegados a este punto del sendero, menester resulta oportuno aclarar que por regla general las pensiones se **pagan por mensualidades vencidas**, en virtud de lo estatuido en el artículo 35 del Acuerdo 049 de 1990, aplicable al presente asunto a la luz de lo dispuesto en el artículo 31 de la Ley 100 de 1993.*

Por tal razón, aun cuando la prescripción se declaró a partir del 5 de agosto de 2016, la mesada pensional a favor de la beneficiaria Argenis Tafur Orozco, correspondiente al mes de agosto, deberá sufragarse de forma completa, debido a que conforme los derroteros trazados por la alta corporación de la Jurisdicción Ordinaria en su especialidad laboral, las mesadas se pagan por mensualidades vencidas y su causación es al 30 de cada mes.

Por lo anteriormente expuesto, se deberá modificar el numeral tercero, en el sentido de condenar a Colpensiones a pagar a favor de la señora Argenis Tafur Orozco el retroactivo pensional a partir del 1 de agosto de 2016.

INTERESES MORATORIOS

En cuanto a los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, que reclama la parte actora, por considerar que estos operan de manera automática, no desconoce esta Sala que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia a partir de la providencia CSJ SL1681-2020, estableció que los mismos proceden frente a todo tipo de pensiones legales y extralegales; no obstante, en este preciso asunto no aplican, como quiera que la pensión de sobrevivientes aquí reconocida se otorgó de forma excepcional en aplicación al principio de la condición más beneficiosa, es decir, en virtud de un criterio jurisprudencial, y no por la regla general.

Al efecto cabe señalar, que el señor Sánchez Segura no dejó acreditados los requisitos que exigía la Ley 100 de 1993, norma que regía en materia pensional a la data en que el afiliado falleció, y fue precisamente este el sustento legal que tuvo el ISS hoy Colpensiones para negar la prestación.

Sobre este asunto, la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, ya ha tenido la oportunidad de pronunciarse; así por ejemplo en la sentencia CSJ SL2152-2019, indicó:

Respecto de los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, como la pensión de sobrevivientes se reconoció con sujeción al principio de la condición más beneficiosa y además, el accionado, en sede administrativa, para negar el derecho pretendido se sometió a la norma vigente, no hay lugar a la condena por este concepto, pues esta Corporación ha adocinado que no proceden cuando la concesión de la pensión provenga de la inaplicación del requisito de fidelidad o de la aplicación del principio de la condición más beneficiosa, como en el sub lite, dado que el derecho en estos casos se origina a raíz de un criterio jurisprudencial respecto a la validez de las normas o su aplicación en el tiempo (SL4650-2017 y SL843-2019).

Entonces, lo que correspondía era ordenar la indexación de cada mesada pensional adeudada, como en efecto lo hizo la *a quo*. Por ende, se confirmará la decisión de primera instancia en este aspecto.

DESCUENTO POR CONCEPTO DE INDEMNIZACION SUSTITUTIVA SOBRE EL RETROACTIVO

Ha sostenido la parte demandante que no procede la devolución de las sumas de dinero reconocidas por concepto de indemnización sustitutiva de la pensión de invalidez, en la medida que en los términos del artículo 282 del CGP, la excepción de compensación no fue propuesta por Colpensiones y la misma no puede ser reconocida de oficio.

De acuerdo con lo anterior, se debe hacer hincapié que la juzgadora de instancia no declaró probada la excepción de compensación como lo afirma el recurrente en su escrito; si bien autorizó que del retroactivo fueran descontadas las sumas pagadas a los demandantes por concepto de la indemnización sustitutiva, dicha decisión no resulta ser desacertada, en la medida que la misma propende por preservar el principio de sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones y evitar así un enriquecimiento sin causa de la parte demandante, a quienes les fue reconocida la mencionada indemnización, a través de la Resolución 06446 del 26 de abril de 2000, suma que hace parte de los dineros con los que se financia la pensión, de tal suerte que al haber sido reconocida la indemnización, .

A su vez, se debe rememorar que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia CSJ SL2876-2022, sobre este tema en particular, señaló lo siguiente:

Por último, para evitar un detrimento del fondo público, este podrá descontar de las anteriores cifras los dineros que recibió el demandante por concepto de indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, cifra que igualmente deberán ser indexadas en aplicación de la fórmula antes descrita.

De ahí que, resulta totalmente valido y procedente autorizar a Colpensiones para que del retroactivo pensional liquidado a favor de Argenis Tafur Orosco y Christian Andrés Rodríguez, se descuenten las sumas pagadas a título de indemnización sustitutiva a cada uno de ellos y de forma indexada, tal y como lo ordenó el juez de primer grado.

Por lo anterior, se deberá confirmar la sentencia apelada en lo que a este punto de apelación se refiere.

COSTAS

No se condena en costas en esta instancia, como quiera que prosperó de manera parcial el recurso de apelación formulado por la parte acora.

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

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR EL NUMERAL TERCERO la sentencia proferida por el Juzgado Primero (1º) Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá, el 10 de agosto de

2021, únicamente en el sentido de condenar a Colpensiones a pagar a favor de la señora Argenis Tafur Orosco, el retroactivo pensional a partir del 1 de agosto de 2016. En lo demás, permanezca incólume lo allí decidido.

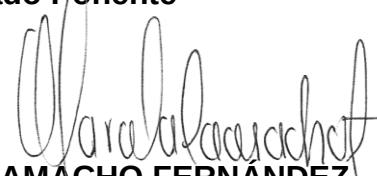
SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia consultada.

TERCERO: Sin costas.

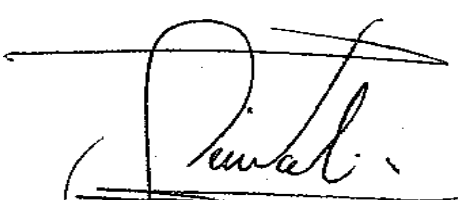
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

República de Colombia



Libertad y Orden

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

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	11001310502020190064001
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	GLADYS GONZÁLEZ PINZÓN
DEMANDADO	- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES - COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS

En Bogotá D. C. a los veintiocho (28) días del mes de abril de dos mil veintitrés (2023), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA:

ANTECEDENTES

Pretende la señora **Gladys González Pinzón** se **declare** la nulidad o ineficacia de la afiliación y del traslado del régimen de prima media con prestación definida (en adelante RPM), al de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS), realizado a la AFP Colfondos S.A. Como consecuencia de lo anterior, se le **condene** a trasladar a Colpensiones, todas las sumas de dinero, bonos, cotizaciones, sumas adicionales recibidas por concepto de aportes obligatorios y rendimientos devengados durante todo el tiempo en que dichas sumas de dinero estuvieron en poder de las administradoras; **ordenar** a Colpensiones a reactivar su afiliación, considerando que para todos los efectos legales siempre ha estado vinculada al RPM y a su vez, reciba todos los aportes, los rendimientos devueltos por la demandada y actualice su historia laboral; condenar a las demandadas al reconocimiento y pago de los perjuicios morales causados; que se **condene** a las demandadas a las costas y agencias en derecho.

Como hechos fundamento de las pretensiones (fº. 6 a 8 archivo 1, carpeta 1ª inst. exp. digital), señaló en síntesis, que nació el 2 de agosto de 1951; que a lo largo de su vida ha trabajado para diferentes entidades, entre ellas, la Rama Judicial; que estuvo afiliada al ISS y a Cajanal; que cumple con los requisitos para ser beneficiaria del régimen de transición, debido a que al 1 de abril de 1994, contaba con 43 años de edad; que el día 5 de junio de 1995, por no recibió información técnica y adecuada, suscribió formulario de afiliación con Colfondos y se trasladó al RAIS; que se afilió al este fondo por considerar que el RAIS le era mucho más beneficioso que el de prima media; que una vez comenzó a funcionar el sistema pensional, los fondos empezaron a ejercer una publicidad muy agresiva por diferentes medios de comunicación; que el promotor o asesor encargado de su afiliación y traslado, no contaba con título, formación profesional, ni capacitación adecuada, que le permitiera informar o suministrar información completa, veraz y suficiente, para tomar la decisión de trasladarse, que tampoco le fue informado sobre los riesgos de trasladarse de régimen, que su pensión podría ser inferior a la del RPM y que eventualmente no se podría pensionar por cuanto el capital sería insuficiente, o que este no le permitiera tener una pensión similar a la que obtendría en el RPM.

De igual forma, señaló que la AFP nunca le advirtió que el valor de la pensión dependería de la modalidad que se escoja, ni siquiera se le explicó sobre las distintas modalidades de la pensión, sobre la negociación del bono pensional; que tampoco se le explicó cómo funciona financieramente el fondo privado; que no le fue informado que tenía derecho a retractarse conforme lo dispuesto en el Decreto 1161 de 1994.

Sostuvo que, Colfondos había realizado proyección pensional, arrojando una mesada pensional equivalente al salario mínimo; que el RAIS es más desfavorable que el RPM, pues tanto la edad, como el monto de la pensión son más gravosos; que su consentimiento estuvo viciado a la hora de la afiliación al fondo; que el 20 de diciembre 2018, fue presentada solicitud ante las demandadas para que se aceptara la nulidad de la afiliación; que Colfondos y Colpensiones el día 20 de diciembre de 2018, y 15 de enero de 2019, respectivamente, dieron respuesta negativa a dicha solicitud; que la falsa expectativa creada por los asesores del fondo privado y la incertidumbre sobre el ingreso para subsistir luego de la vida laboral, le ha causado un gran impacto emocional, manteniendo un estado de angustia permanente al no tener asegurado un ingreso acorde con la calidad de vida que su salario le permitió tener a ella y a su núcleo familiar; que en aplicación a lo establecido en el artículo 271 de la ley 100 de 1993, al quedar sin efecto la afiliación al RAIS, manifiesta su intención de pertenecer al RPM.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (f° 105 a 138 archivo 1, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que la demandante nació el 2 de agosto de 1951; que prestó servicio a varias entidades; que el 20 de diciembre de 2018, fue solicitada la nulidad del traslado. Frente a los restantes supuestos fácticos, dijo no constarle. Como excepciones de mérito, propuso las de descapitalización del sistema pensional, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia de pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica.

Por su parte, la **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**, contestó (f° 160 a 187 archivo 1, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, dijo no constarle o no ser ciertos. Como excepciones de mérito, propuso las 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 RAIS, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación, pago y la innominada o genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 10 de diciembre de 2022 (archivo 5 carpeta 1ª inst. exp. digital), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación o traslado de Régimen pensional de Prima Media con Prestación definida al de Ahorro Individual con Solidaridad, efectuado por la señora GLADYS GONZÁLEZ PINZÓN a la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS S.A., realizado el día 05 de junio de 1995, conforme a lo considerado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: DECLARAR como aseguradora del demandante para los riesgos de invalidez, vejez y muerte a LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES.

TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS S.A., devolver la totalidad de aportes girados a su favor por concepto de cotizaciones a pensiones de la afiliada GLADYS GONZÁLEZ PINZÓN, junto con los rendimientos financieros causados, con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES EICE y los bonos pensionales si los hubiese a su respectivo emisor.

CUARTO: CONDENAR en costas a las demandadas la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., y COLPENSIONES EICE, a favor de la señora GLADYS GONZÁLEZ PINZÓN. Tásense por secretaría, incluyendo como agencias en derecho el equivalente TRES (3) SMMLV, a cuota parte.

Para Fundamentar su decisión, sostuvo que el marco normativo aplicable al caso bajo estudio, se encontraba delimitado por los artículos 60 y 61 del CPT y SS, artículo 13, literal B, al igual que los artículos 271 y 272 de la ley 100 de 1993, artículo 167 del CGP y 1604 del Código Civil, así como las sentencias de la sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, con radicados 31989, 31314, 338003 del 2011, 46292 del 2014. SL19477-2017, 4964 y 4989 del 2018, entre otras, en donde se ha señalado que hay lugar a decretar la ineficacia del traslado de régimen pensional cuando no hay libertad informada o transgresión del deber de información, razón por la cual le correspondía a Colfondos, demostrar que cumplió el inexcusable deber de brindar a la demandante información, completa, suficiente, clara, comprensible y oportuna sobre las características de los dos regímenes pensionales y las consecuencias reales de abandonar el régimen de prima media al que se encontraba vinculada. Que luego de verificar los medios de prueba allegados, no fue posible por parte de esa sede judicial, tener conocimiento si ese asesoramiento prestado al momento de realizarse la afiliación a la AFP fue bueno, adecuado, completo, si en él se presentaron o no maniobras o argucias que hubiesen llevado a incurrir en engaño a la demandante, toda vez que ni siquiera se han señalaron las circunstancias de tiempo, modo y lugar en los que se produjo el correspondiente traslado, encontrando así que el fondo demandado ni siquiera allegó medio de prueba, circunstancias que lo llevó a concluir que no podía predicarse la existencia de consentimiento libre y voluntario al momento del traslado de régimen de pensiones.

Como consecuencia de lo anterior, dispuso la ineficacia del traslado de régimen pensional de prima media al de ahorro individual, declaró como aseguradora de la demandante para los riesgos de invalidez, vejez y muerte es la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones.

En cuanto a la excepción de prescripción, señaló que dicho derecho es imprescriptible conforme lo dispone el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia, como quiera que tiene un nexo de causalidad con un derecho imprescriptible e irrenunciable que es el derecho a la pensión; en cuanto a los demás medios exceptivos los declaró no probados.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES impetró recurso de apelación solicitando se revoque la sentencia proferida por el juez de instancia y como consecuencia ello, solicita que se absuelva a la entidad de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra y para el efecto, indicó que, conforme lo dispuesto en el artículo 167 del CGP, las

partes tienen la obligación de demostrar los supuestos facticos en que funda sus alegaciones, por tal razón, le correspondía a la demandante demostrar los vicios del consentimiento alegados, no bastando para ello la simple afirmación de la demandante. Adicional a ello, señala que resulta desproporcionado realizar la inversión de la carga de la prueba en contra de la AFP, debido a que se afecta la sostenibilidad del sistema pensional, máxime cuando la afiliación de la demandante se dio en junio de 1995, es decir más de 20 años, resultando imposible demostrar las circunstancias que rodearon la suscripción del traslado, por lo tanto al haber sostenido la demandante que fue engañada por los asesores del fondo privado, en los términos de los artículos 1516 del Código Civil y 167 del CGP, le correspondía a ella demostrar dicha circunstancia.

De otra parte, solicitó el recurrente que, en caso de ser confirmada la decisión, se disponga el traslado de los gastos de administración de Colfondos a Colpensiones. Finalmente, señala que al condenarse en costas a Colpensiones se genera un detrimento patrimonial.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación presentado por Colpensiones, así como en el grado jurisdiccional de consulta en su favor en lo no apelado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del CPTSS.

PROBLEMA JURÍDICO

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

En el presente asunto no es materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: **i)** que la señora Gladys González Pinzón nació el 02 de agosto de 1951 (f° 18, archivo 1 de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); **ii)** que estuvo vinculada al RPM con el ISS entre el 6 de mayo de 1994 y con Cajanal entre el 1 al 5 de junio de 1994 (f° 13 a 17, archivo 1 de la carpeta 1ª inst. exp. Digital) y que el **05 de junio de 1995**, se trasladó al RAIS mediante la suscripción de un formulario de vinculación con Colfondos (f° 24 y 47 archivo 1, de la carpeta 1ª inst. exp. Digital).

INEFICACIA DEL TRASLADO

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

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

Así mismo, ha indicado la Sala de Casación Laboral de la CSJ que el fondo privado cumple con su deber de información cuando la asesoría brindada para el momento en que el afiliado decide trasladarse contiene una información suficiente, transparente, cierta y oportuna, es decir, cuando se hace una adecuada ilustración sobre las características, condiciones, consecuencias, riesgos, ventajas y desventajas de la determinación de

cambio de régimen pensional, deber que ha existido desde la creación de las sociedades administradoras de fondos de pensiones y cuyo cumplimiento permite que la elección de cualquiera de los regímenes pensionales sea libre y voluntaria conforme lo ordena el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 (CSJ SL755-2022, CSJ SL3349-2021 y CSJ SL1565 - 2022).

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

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

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

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

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

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

Así, para la fecha en la que el accionante se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad –**05 de junio de 1995**–, la obligación de la AFP se enmarcaba en el primer periodo, según el cual debía entregar información suficiente y transparente que le permitiera elegir «*libre y voluntariamente*» la opción que mejor se ajustara a sus intereses (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019), conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 -posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003–, lo cual implicaba la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

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

Ahora bien, aun cuando en el expediente obra el formulario de solicitud de afiliación de la AFP Colfondos de fecha 05 de junio de 1995, de él solo se advierte la fecha de su diligenciamiento, los datos personales y laborales de la accionante, de

modo que únicamente da cuenta de una exigencia requerida para el ingreso de un afiliado con la fórmula pre-impresa en la casilla destinada a la firma, sin que del mismo pueda concluirse que dicha AFP cumplió con el deber de suministrar al afiliado una ilustración suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna sobre las implicaciones de abandonar el esquema de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras.

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

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

De igual forma, resulta oportuno traer a colación la sentencia CSJ SL5655-2021, en la cual se definió que, una vez declarada la ineficacia, procedía el regreso de los afiliados de Cajanal, al régimen de prima media, hoy administrado por Colpensiones. Allí se indicó:

(...) es oportuno destacar que el Decreto 2196 de 12 de junio de 2009 ordenó la supresión y liquidación de Cajanal y dispuso el traslado de sus afiliados al ISS, hoy Colpensiones.

Asimismo, que el artículo 156 de la Ley 1151 de 2007 creó la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP, entidad a la que le delegó, entre otras funciones, el reconocimiento de los derechos pensionales y prestaciones económicas de los afiliados a Cajanal, «causados hasta su cesación de actividades como administradora; así como los correspondientes a servidores públicos que cumplieron el tiempo de servicio requerido por ley y sin contar con el requisito de edad, pero que estaban retirados o

desafiliados del RPMPD con anterioridad a su cesación de actividades como administradoras».

En este asunto no se discute que para la fecha en que la accionante se trasladó al régimen de ahorro individual -1.º de marzo de 2003- no tenía un derecho consolidado, de modo que la UGPP no tiene incidencia en el eventual reconocimiento de sus prestaciones (CSJ SL2208-2021).

Así las cosas, el regreso al statu quo implica que la actora debe ser redirigida al único ente que hoy administra las afiliaciones del régimen de prima media con prestación definida, esto es, el ISS, hoy Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, que asumió esta obligación conforme se indicó (subraya fuera del texto).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

PRESCRIPCIÓN

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

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

COSTAS EN PRIMERA INSTANCIA

En cuanto a la condena en costas a Colpensiones en primera instancia, cabe mencionar que la misma es procedente, en los términos del numeral 1° del artículo 365 del CGP, como quiera que la misma fue vencida en juicio, además de haber presentado oposición a las pretensiones de la demanda.

Por otro lado, resulta también pertinente indicar que, tanto la doctrina como la jurisprudencia coinciden en que las costas no son consecuencia de un proceder determinado de las partes, de allí que no interese para su imposición que se haya actuado de buena o mala fe, diligente o negligentemente. Ello por cuanto actuar con probidad y sensatez es un deber que se le exige a toda persona que acude a la justicia a reclamar un derecho, de allí que las costas derivan objetivamente del resultado de un proceso o recurso formulado y, bajo esa lógica, simplemente quien sea vencido deberá asumir su pago (CSJ SL4123-2019).

De esta forma, la condena en costas contiene una obligación procesal que se dirige contra el patrimonio de la parte vencida, y que otorga a favor del vencedor un derecho de reintegro de los gastos procesales en los que se ha visto obligado a incurrir para ejercer su defensa, sin que ello implique que se vean afectados los recursos del sistema general de pensiones de la recurrente, pues la imposición de este gravamen no está con cargo a los recursos con destinación específica provenientes de la seguridad social en pensiones, es decir, recursos del régimen de prima media con prestación definida, sumado al hecho que esta entidad pública cuenta con recursos propios destinados específicamente para atender las contingencias que se deriven de los juicios que se adelanten en su contra.

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de la demandada Colpensiones, como quiera que su recurso de alzada no prosperó.

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

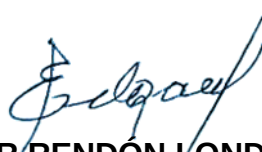
RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR Y MODIFICAR EL NUMERAL TERCERO de la sentencia apelada, proferida por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá, únicamente en el sentido de **ORDENAR** a la **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**, a trasladar a COLPENSIONES y esta a su vez a recibir por parte de aquella, los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados, y con cargo a sus propios recursos, y los rendimientos con las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, más los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

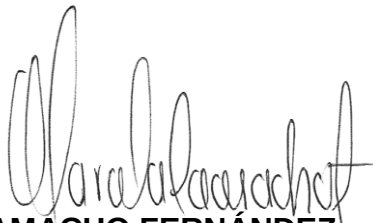
SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo Colpensiones. Se fijan como agencias en derecho la suma de \$1.160.000.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE 20



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

República de Colombia



Libertad y Orden

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

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	11001310502020190069201
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	AIDA LARROTA DÍAZ
DEMANDADO	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES

En Bogotá D. C. a los veintiocho (28) días del mes de abril de dos mil veintitrés (2023), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA:

ANTECEDENTES

Pretende la señora **AIDA LARROTA DÍAZ** se ordene a Colpensiones reconocerle y pagarle el 14% por cónyuge a cargo conforme el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 desde el 22 de febrero de 2010 y hasta que se verifique su pago, junto con los intereses de mora de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

Como hechos fundamento de las pretensiones (carpeta 1ª inst. exp. digital), señaló en síntesis, que mediante Resolución 108746 del 10 de junio de 2010 fue pensionada por el ISS, bajo los parámetros del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de igual año; que convive con su esposo el señor Carlos Enrique Parada Ballen con quien contrajo matrimonio el 18 de febrero de 1984, que este no cotizó a seguridad social y tampoco devenga un salario por lo que depende económicamente de ella.

Narró que solicitó ante Colpensiones el incremento del 14% sobre su pensión de vejez por cónyuge a cargo conforme lo estipulado en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, pero que el 20 de agosto de 2014 esa entidad le negó lo pretendido; que el

19 de septiembre de 2016 interpuso acción de tutela solicitando el mencionado incremento, pero el Juzgado 19 Penal del Circuito de Conocimiento negó la acción por improcedente; que el 9 de diciembre de 2016 radicó ante Colpensiones nuevamente petición de reconocimiento del incremento por cónyuge a cargo, pero que ese mismo día por intermedio de un asesor le indicaron que no accederían a lo solicitado; y que el 28 de mayo de 2018 volvió a solicitar el citado incremento.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (carpeta 1ª inst. exp digital) oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que la demandante fue pensionada por vejez mediante la Resolución 108746 del 10 de junio de 2010, en aplicación del Acuerdo 049 de 1990, y que reclamó el incremento del 14% por cónyuge a cargo, pero que el mismo fue negado porque dicho beneficio había desaparecido del ordenamiento jurídico desde el 1º de abril de 1994, cuando entró en vigencia la Ley 100 de 1994; frente a los demás indicó que no le constaban por corresponder a situaciones de la vida personal de la actora.

Propuso como excepciones de fondo, las de inexistencia del derecho y de la obligación, carencia de causa para demandar, cobro de lo no debido, no configuración del derecho al pago del IPC ni indexación o reajuste alguno, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, pago, buena fe, presunción de legalidad de los actos administrativos, prescripción, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, e innominada o genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 05 de octubre de 2020 (carpeta 1ª inst. exp. digital), resolvió:

PRIMERO: ABSOLVER a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, de todas y cada una de las pretensiones incoadas por la señora AIDA LARROTA DIAZ identificada con cedula de ciudadanía No. 41.766.302, conforme a lo considerado.

SEGUNDO: CONDENAR en costas a la parte demandante. Tásense por Secretaría incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a (\$300.000).

Planteo como problema jurídico determinar si la demandante tenía derecho al incremento por cónyuge a cargo en los términos del artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990.

Para fundamentar su decisión, sostuvo que no se encontraba en discusión la calidad de pensionada de la actora en aplicación del Acuerdo 049 de 1990, y que precisamente el artículo 21 de esa norma indicaba que la pensión de vejez se incrementaría *«en un catorce por ciento (14%) sobre la pensión mínima legal, por el cónyuge o compañero o compañera del beneficiario que dependa económicamente de éste y no disfrute de una pensión»*.

Advirtió que, si bien ese despacho con fundamento en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia venía concediendo los incrementos estipulados en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990 siempre que se probaran los presupuestos para ello, lo cierto, era que la Corte Constitucional mediante sentencia SU-140 de 2019, unificó el tema referente a la vigencia y prescriptibilidad de los mencionados incrementos por personas a cargo, fijando el criterio de que los incrementos pensionales previstos en el artículo 21 del Decreto 758 de 1990, fueron derogados y dejaron de existir el 1° de abril de 1994 cuando entró a regir la Ley 100 de 1993, aun para aquellas personas que se encontraban dentro del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Explicó que las sentencias SU eran de obligatorio cumplimiento para todos los operadores judiciales.

Concluyó que dado que la señora Larrota había adquirido su derecho pensional el 1° de junio de 2010, cuando ya habían fenecidos los incrementos pensionales del artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, por lo que absolvería de las pretensiones de la demanda.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante interpuso recurso de apelación argumentando que en este asunto debía desarrollarse el principio de favorabilidad conforme el artículo 21 del CST, pues si bien el Acuerdo 049 de 1990, había sido derogado con la Ley 100 de 1993, este continuo vigente para quienes tenían régimen de transición, y dado que ella se pensionó en virtud del mismo bajo los parámetros del citado Acuerdo, tenía derecho a los pretendidos incrementos. Agregó que sobre estos no ha operado el fenómeno de la prescripción, porque los viene reclamando desde tiempo atrás y ha sido Colpensiones quien se ha negado a reconocerlos y pagarlos.

CONSIDERACIONES

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

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si la demandante tiene derecho al incremento por cónyuge a cargo consagrado en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990.

En el presente asunto no es materia de discusión que el ISS hoy Colpensiones mediante Resolución 108746 del 10 de junio de 2010, le reconoció a la demandante pensión de vejez a partir del 1° de igual calenda, en valor de \$557.687, y en aplicación del Acuerdo 049 de 1990, por virtud del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

El tema de los incrementos pensionales por personas a cargo estipulados en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, ya fue definido por la Corte Constitucional en sentencia SU-140-2019, criterio que fue acogido por la Corte Suprema de Justicia en sentencia CSJ SL2061-2021, donde sostuvo:

3. Incrementos por personas a cargo

En relación con los incrementos pensionales por personas a cargo de que trata el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por Decreto 758 del mismo año, basta decir que esa norma fue objeto de derogación orgánica, en virtud de la expedición de la Ley 100 de 1993 y resulta incompatible con el artículo 48 de la CN, modificado por el Acto Legislativo 01 de 2005, tal como lo sostuvo la Corte Constitucional en sentencia CC SU-140-2019:

[...]

En efecto, como se ha explicado a lo largo de esta providencia, el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado mediante el Decreto 758 de ese mismo año, dejó de existir con ocasión de la derogatoria tácita que sobre este implicó expedición de la Ley 100 de 1993. Como se señaló bajo el numeral 3 supra, con dicha Ley 100 el Legislador previó una nueva regulación integral de la generalidad del sistema de seguridad social, incluyendo para el caso que ahora ocupa a la Corte, dicho sistema en su dimensión pensional. Tal derogatoria, además de estar respaldada por la doctrina especializada (ver supra 3.2.2.), ha sido respaldada por la propia Corte a través de la línea jurisprudencial que se esbozó bajo el numeral 3.2.3 supra y suficientemente explicada a la luz del particular objeto del régimen de transición que previó el artículo 36 de la mentada Ley 100 (ver supra 3.2.8-3.2.11).

[...]

7. Conclusiones

De lo expuesto en esta providencia se concluye que, salvo que se trate de derechos adquiridos antes de la expedición de la Ley 100 de 1993, el derecho a los incrementos pensionales que previó el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 desapareció del ordenamiento jurídico por virtud de su derogatoria orgánica; todo ello, sin perjuicio de que de todos modos tales incrementos resultarían

incompatibles con el artículo 48 de la Carta Política luego de que éste fuera reformado por el Acto legislativo 01 de 2015.

De lo expuesto, obvio resulta que la reclamación es improcedente y, por tanto, se absolverá de ella a la demandada.

Esta Sala comparte en su integridad el citado criterio y, por ende, considera que los incrementos por personas a cargo regulados en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, solo aplican para quienes adquirieron el derecho o reunieron los requisitos de pensión con anterioridad al 1° de abril de 1994, data en que empezó a regir la Ley 100 de 1993, lo que implica que los afiliados que causaron su derecho con posterioridad a esa data no son beneficiarios de esa prerrogativa.

Conforme lo anterior, y como quiera que es un hecho indiscutido que la demandante causó su derecho pensional a partir del 1° de junio de 2010, resulta evidente que al 1° de abril de 1994, no tenía adquirido el derecho a los incrementos pensionales y, por ende, no hay lugar a acceder a ello.

Por último, frente al argumento de la actora de que debe aplicarse el principio de favorabilidad, cuyo mandato está contemplado en el artículo 53 de la Constitución Política y su desarrollo legal en el artículo 21 del CST, se advierte que este opera en caso de que exista duda en la aplicación o interpretación de las normas vigentes, asunto que no se presenta en el sub judice, dado que el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, fue objeto de derogación orgánica, en virtud de la expedición de la Ley 100 de 1993, luego no existe norma vigente que genere duda en su aplicación o interpretación.

En consecuencia, se confirmará la decisión de primera instancia.

COSTAS

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

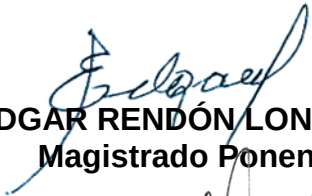
En mérito de lo expuesto **EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C.**

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR en su totalidad la sentencia apelada proferida por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandada. Se fijan como agencias en derecho la suma de \$580.000.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

República de Colombia



Libertad y Orden

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

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	11001310502020210041701
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	CÉSAR EDUARDO CAMARGO RAMÍREZ
DEMANDADO	- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES - ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

En Bogotá D. C. a los veintiocho (28) días del mes de abril de dos mil veintitrés (2023), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

ANTECEDENTES

Pretende el señor **César Eduardo Camargo Ramírez** se **declare** la nulidad de la afiliación y del traslado del régimen de prima media con prestación definida (en adelante RPM) al de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS) realizado a la AFP Porvenir S.A., por la existencia de vicios del consentimiento como error y dolo. Como consecuencia de lo anterior, se le **condene**, a trasladar a Colpensiones, todos los aportes y rendimientos financieros; **ordenar** a Colpensiones proceder con el reconocimiento de la pensión de vejez; que se **condene** a la demandada Porvenir al pago de perjuicios causados, a las costas y agencias en derecho y a lo que resulte probado ultra y extra petita,

Como hechos fundamento de las pretensiones (fº. 4 a 7, archivo 1, carpeta 1ª inst. exp. digital), señaló en síntesis, que nació el 21 de mayo de 1959; que era beneficiario del régimen de transición, en tanto, al 01 de abril de 1994, se contaba con más de 750 semanas cotizada al Sistema de Pensiones, aportes que fueron realizados en al ISS, al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio del

Departamento de Norte de Santander y a la Caja de Previsión Social del Departamento Norte de Santander; que no se ha retirado del servicio, por cuanto actualmente cotiza de forma independiente a la AFP Porvenir; que el 1° de marzo de 1978, diligenció formulario de vinculación en pensiones con el entonces ISS; que la AFP demandada, sin exponerle las ventajas, beneficios de cambiarse de régimen pensional, sin brindarle la asesoría necesaria y sin respetar los derechos adquiridos que conservaba, procedió a diligenciarle el formulario de vinculación o traslado al RAIS, desconociendo el deber de buen consejo; que radicó ante las demandada derechos de petición, los días 4 y 5 de noviembre de 2020, con la finalidad que se diera aplicación a la Sentencia SU-062 del 3 de febrero de 2010; que Porvenir dio respuesta a la anterior petición, conforme oficio del 11 de noviembre de 2020, en donde negó la solicitud de traslado, por no contar con 750 semanas cotizadas al 1 de abril de 1994; que Colpensiones con oficio BZ2020_11277998-2318766, lo requirió para que aportara una documental, la que fue allegada a la entidad el 1 de diciembre de 2020; que Colpensiones, con oficio 2020_12272231-25455071 confirma el recibido de los documentos, e indica que serán enviados a la Porvenir y que la validación, aprobación y traslado depende de este fondo; que Colpensiones a través del oficio BZ2020_12272231-0048609 del 8 de enero de 2021, le comunica que no es procedente el traslado al RPM, por cuanto, la AFP indica que al entrar en vigencia el Sistema de Seguridad Social de Pensiones, estos es al 1° de abril de 1994, no contaba con 15 años de servicio, conforme lo establecido en la Sentencia SU-062 de 2010.

Sostuvo que, fue asaltado en su buena fe, debido a que, ni la AFP, ni el ISS, le informaron de los derechos que tenía y que conservaba, no se le ilustró sobre cuáles eran los requisitos para el reconocimiento de la pensión de vejez; que el estatus jurídico de pensionado lo adquiere el 21 de mayo de 2021, en razón a que para esta fecha posee más de 1.300 semanas; que su mesada pensional en el RPM es más elevada que en el RAIS; que si bien en la solicitud de traslado al RAIS se indicó que esta *“se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones”*, lo que se echa de menos es la falta de información veraz, oportuna, suficiente y sin el pleno conocimiento de lo que ella entrañaba, por cuanto se violaron sus derechos adquiridos, por cuanto cumplía a cabalidad los requisitos de la Sentencia SU-062 de 2010.

Finalmente, señaló que el día 2 de marzo de 2021, presentó Acción de Tutela, la cual fue avocada y fallada en primera instancia por el Juzgado 46 Administrativo de Bogotá, en la que se negó el amparo de sus derechos fundamentales, por ser improcedente, decisión que fue impugnada y confirmada por el Superior.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** contestó (archivo 7, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, dijo no constarle o no ser ciertos. Como excepciones de mérito, propuso las de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y genérica.

Por su parte, **COLPENSIONES**, contestó (archivo 8, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que el demandante presentó solicitud de aplicación de la sentencia SU – 062 de 2010, a la cual se le dio trámite a través de los oficios BZ2020_11277998-2318766, 2020_12272231-25455071 y BZ2020_12272231-0048609 del 8 de enero de 2021 y; que presentó acción de tutela en contra de la entidad, la que fue conocida por el Juzgado 46 Administrativo de Bogotá, en la que se negó el amparo de sus derechos fundamentales, por ser improcedente, decisión que fue impugnada y confirmada por el Superior. Frente a los restantes supuestos fácticos, dijo no constarle. Como excepciones de mérito, propuso las de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, inexistencia del derecho al reconocimiento de la pensión por parte de Colpensiones, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria y la innominada o genérica.

Mediante auto del 5 de mayo de 2022, se tuvo por contestada la demanda y se citó a audiencia del artículo 77 del CPTSS.

AUTO PRIMERA INTANCIA

En audiencia obligatoria de conciliación decisión de excepciones previas, saneamiento, fijación del litigio y decreto de pruebas, prevista en el artículo 77 del CPTSS celebrada el 13 de mayo de 2022 (archivo 13 carpeta 1ª inst. exp. digital), el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá, resolvió declarar no probada la excepción previa de *«falta de competencia por falta de reclamación administrativa»*, respecto a las pretensiones de nulidad del traslado del régimen pensional.

El *a quo* después citar el artículo 6º del CPT y SS, señaló que conforme el contenido de los folios 37 a 41, el 5 de noviembre de 2020, el actor presentó petición

ante Colpensiones, en el que solicita el traslado del régimen del Sistema General de Pensiones y como consecuencia de ello, se reconozca por parte de esta entidad, la pensión de vejez, si bien no solicitó específicamente la nulidad de traslado, como sí lo pidió en la presente acción, lo cierto es que, no se puede perder de vista que lo solicitado en dicho derecho de petición, es que fuera aceptada su afiliación y traslado de régimen pensional del RAIS al RPM, retornando a COLPENSIONES, basado en la sentencia SU -062 de 2010, providencia que tiene por finalidad amparar y/o garantizar el retorno o traslado de régimen pensional de los afiliados que se encontraban vinculados en algún fondo privado y cumplieran ciertos requisitos, por lo que resultaba evidente que el actor si cumplió con el requisito de reclamación administrativa ante Colpensiones, pues lo que busca es su retorno a esta entidad, independientemente de cómo o en qué términos, palabras o fundamentos haya presentado la petición ante Colpensiones.

Aunado a lo anterior, en la petición realizada a Colpensiones, se tiene que el demandante además de estar solicitando su traslado a dicha entidad, también solicita en pocas palabras el estudio del reconocimiento de su pensión de vejez, pretensiones que fueron solicitadas en la presente demanda.

De otro lado, sostuvo que no podía perder de vista que, el mismo artículo 6 del CPTSS, dispuso que el requisito del agotamiento de la reclamación administrativa se entendía surtido, con el simple reclamo escrito del trabajador sobre el derecho que pretenda, lo que no implica que el demandante deba plantear en su reclamación estrictamente y/o exactamente las pretensiones de la demanda que interponga.

Finalmente, señaló que la vía correcta para resolver este problema jurídico es la ineficacia y que la sede judicial debe abordarlo bajo esta institución y no bajo nulidades u otras diferentes, así se hayan presentado en la demanda, conforme lo dio por la Corte Suprema de Justicia.

RECURSO DE APELACIÓN AUTO

COLPENSIONES impetró recurso de apelación solicitando se revoque el auto proferido y en su lugar se declare probada la excepción previa propuesta y como consecuencia ello, indica que efectivamente el demandante solicita el traslado del RAIS al RPM, sin embargo, el fundamento de esta es la sentencia SU – 062 de 2010, mientras que el fundamento central de este proceso radica en la nulidad de la afiliación, por falta o deficiencia en una correcta información. La sentencia en mención abre la posibilidad para realizar un traslado de fondo, siempre y cuando la persona sea acreedora del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en el caso

específico, el demandante no es beneficiario de este, por lo que la sentencia en referencia no es aplicable en su caso particular.

De acuerdo con lo anterior, se concedió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada en el efecto devolutivo y como consecuencia de ello, continuó con el trámite del proceso, hasta proferir la correspondiente sentencia.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 13 de mayo de 2022 (archivo 13 carpeta 1ª inst. exp. digital), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA de la afiliación o traslado de Régimen pensional de Prima Media con Prestación definida al de Ahorro Individual con Solidaridad, efectuado por el señor CÉSAR EDUARDO CAMARGO RAMÍREZ a COLPATRIA hoy AFP PORVENIR el 31 DE OCTUBRE DE 1995.conforme a lo considerado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: DECLARAR como aseguradora del demandante CÉSAR EDUARDO CAMARGO RAMÍREZ para los riesgos de invalidez, vejez y muerte a LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES.

TERCERO: ORDENAR a la AFP PORVENIR S.A a DEVOLVER los aportes girados a su favor por concepto de cotizaciones obligatorias a pensiones del afiliado CÉSAR EDUARDO CAMARGO RAMÍREZ, junto con los rendimientos financieros causados, con destino a COLPENSIONES y los bonos pensionales si los hubiese a su respectivo emisor.

CUARTO: Cumplido lo anterior, la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES deberá proceder de inmediato, al estudio de la Pensión de vejez del demandante Sr. CÉSAR EDUARDO CAMARGO RAMÍREZ, conforme a los lineamientos legales y jurisprudenciales vigentes, la historia laboral del demandante y los argumentos expuestos en los antecedentes de esta diligencia.

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

SEXTO: CONDENAR en costas a COLPENSIONES y a PORVENIR S.A. Tásense por Secretaría incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a TRES (3) Salarios Mínimos Mensuales Legales Vigentes, pagaderos a cuota parte.

Para Fundamentar su decisión, sostuvo que el marco normativo aplicable al caso bajo estudio, se encontraba delimitado por los artículos 60 y 61 del CPT y SS, artículo 13, literal B, al igual que los artículos 271 y 272 de la ley 100 de 1993, artículo 167 del CGP y 1.604 del Código Civil, así como las sentencias de la sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, con radicados 31989, 31314, 338003 del 2011, 46292 del 2014. SL 19477 el 2017, 4964 y 4989 del 2018, entre otras, en donde se ha señalado que hay lugar a decretar la ineficacia del traslado de régimen pensional cuando no hay libertad informada o transgresión del deber de información, razón por la cual le correspondía a la AFP Colpatría hoy Porvenir, demostrar que cumplió el

inexcusable deber de brindar a la demandante información, completa, suficiente, clara, comprensible y oportuna sobre las características de los dos regímenes pensionales y las consecuencias reales de abandonar el régimen de prima media al que se encontraba vinculada. Que luego de verificar los medios de prueba allegados, no fue posible por parte de esa sede judicial, tener conocimiento si ese asesoramiento prestado al momento de realizarse la afiliación a la AFP fue bueno, adecuado, completo, si en él se presentaron o no maniobras o argucias que hubiesen llevado a incurrir en engaño a la demandante, toda vez que ni siquiera se han señalaron las circunstancias de tiempo, modo y lugar en los que se produjo el correspondiente traslado, encontrando así que el fondo demandado ni siquiera allegó medio de prueba, circunstancias que lo llevó a concluir que no podía predicarse la existencia de consentimiento libre y voluntario al momento del traslado de régimen de pensiones.

Como consecuencia de lo anterior, dispuso la ineficacia del traslado de régimen pensional de prima media al de ahorro individual, declaró como aseguradora de la demandante para los riesgos de invalidez, vejez y muerte es la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones. y se abstuvo de condenar a Porvenir a la devolución de los gastos de administración, debido a que estos conceptos están establecidos por ley para todos los regímenes de pensiones y a favor de todos los fondos administradores, aunado a que, el rubro representativo de esos gastos es el seguro previsional, que protege al afiliado de las contingencias de invalidez, vejez y muerte, riesgos a los cuales se encuentra protegido el afiliado desde el 31 de octubre de 1995.

Respecto a la pretensión relacionada con el pago de los perjuicios causados por Porvenir, señaló que la mismo era improcedente, en la medida que en el expediente no obra prueba alguna que de cuenta de cuales fueron los perjuicios que se causaron al demandante, máxime, cuando esta petición ni siquiera fue fundamentada dentro del libelo demandatorio, pues únicamente se limitó a elevar esta petición y pedir un dictamen sin aportarlo al proceso.

En lo correspondiente a la pensión de vejez, señaló que Colpensiones deberá estudiar la solicitud de reconocimiento de esta prestación, cuando se presente la desafiliación o retiro del Sistema General de Pensiones, en los términos de los artículos 13 y 25 del Acuerdo 049 de 1990.

En cuanto a la excepción de prescripción, señaló que dicho derecho es imprescriptible conforme lo dispone el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia, como quiera que tiene un nexo de causalidad con un derecho

imprescriptible e irrenunciable que es el derecho a la pensión; en cuanto a los demás medios exceptivos los declaró no probados.

RECURSO DE APELACIÓN SENTENCIA

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** impetró recurso de apelación solicitando se revoque en su totalidad la sentencia proferida por el juez de instancia y para el efecto, indicó que, con la decisión adoptada se causa una afectación a los principios de confianza legítima, sostenibilidad financiera del sistema pensional, pues la asesoría a la demandante se hizo de manera verbal y esa decisión de traslado fue ratificada por el demandante a través de la suscripción del formulario y con la permanencia en el régimen.

Adicional a ello, sostuvo que conforme las normas que se encontraban vigentes para la época del traslado del demandante, no se podía exigir prueba diferente al formulario de afiliación, pues para esta época no existía ninguna exigencia o prohibición para realizar la asesoría y entregar la información de manera verbal. A su vez, señaló que el formulario de afiliación es el documento preciso para demostrar el deber de información y no puede ahora el demandante, 25 años después de su suscripción presentar inconformidad al respecto. La obligación de documentar la información suministrada nace a partir de la Ley 1328 de 2009 y la Ley 1748 de 2014, por lo tanto, para el año 1995, no existía para el fondo exigencia adicional que la de suscribir únicamente el formulario de vinculación, brindando la asesoría de manera verbal.

Argumentó que, sostiene que dentro del expediente no obra prueba alguna que Porvenir haya condicionado o limitado la libertad de escogencia del fondo de pensiones, pues el demandante tuvo la posibilidad de retornar al RPM antes de estar inmerso en la prohibición legal contenida en la Ley 797 de 2003 y a pesar de ello, decidió permanecer en el RAIS.

Finalmente, señaló que del formulario de afiliación también surgieron obligaciones a cargo del demandante como consumidor financiero, en este caso, el demandante nunca formuló inconformidad alguna respecto a la administración de sus aportes y su descontento únicamente surge por el valor de la mesada pensional, por lo tanto, se debe aceptar que el actor se regía por las normas propias del RAIS.

Por su parte, **COLPENSIONES** impetró recurso de apelación solicitando se revoque la sentencia, señalado para el efecto que, se presenta indebida interpretación del artículo 1604 del Código Civil, pues este hace que la responsabilidad en cabeza de los fondos se convierta en objetiva, toda vez que no exige al demandante aportar

soporte alguno que demuestre la existencia de un vicio del consentimiento al momento de afiliarse al RAIS, pero si obliga a que toda la carga probatoria recaiga exclusivamente en el fondo, sin que exista un menos esfuerzo procesal en cabeza del accionante, apreciación que quiebra el equilibrio de las cargas probatorias en este tipo de procesos, dado que los potenciales afiliados cuentan con el deber de asesorarse y en este sentido, indica que el Decreto 2241 de 2010, determina las obligaciones y deberes mínimos en cabeza de los afiliados que pertenecen al Sistema General de Pensiones, por lo tanto, el silencio en el transcurso del tiempo se entenderá como una decisión consisten de permanecer en el régimen seleccionado.

CONSIDERACIONES

DE LA EXCEPCION PREVIA

En estricta consonancia con el recurso interpuesto y de conformidad con el numeral 3º del artículo 65 del CPTSS, procede la Sala a establecer si hay lugar o no a declarar probada la excepción previa de falta de competencia por falta de reclamación administrativa.

El artículo 6 del CPTSS señala que:

ARTÍCULO 6o. RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA. <Aparte subrayado CONDICIONALMENTE exequible. Artículo modificado por el artículo 4o. de la Ley 712 de 2001. El nuevo texto es el siguiente:> Las acciones contenciosas contra la Nación, las entidades territoriales y cualquiera otra entidad de la administración pública sólo podrán iniciarse cuando se haya agotado la reclamación administrativa. Esta reclamación consiste en el simple reclamo escrito del servidor público o trabajador sobre el derecho que pretenda, y se agota cuando se haya decidido o cuando transcurrido un mes desde su presentación no ha sido resuelta.

Mientras esté pendiente el agotamiento de la reclamación administrativa se suspende el término de prescripción de la respectiva acción.

Cuando la ley exija la conciliación extrajudicial en derecho como requisito de procedibilidad, ésta reemplazará la reclamación administrativa de que trata el presente artículo.

En este orden, teniendo en cuenta que Colpensiones, es una Empresa Industrial y Comercial del Estado organizada como entidad financiera de carácter especial, vinculada al Ministerio del Trabajo, de conformidad con lo establecido en el Decreto Ley 4121 de 2011, frente a ella se debe agotar la reclamación administrativa.

La citada reclamación constituye una oportunidad que se les ha dado a las entidades de derecho público para que, con antelación a la presentación de la demanda, se les permita revisar las presuntas diferencias que reclama o va a reclamar el trabajador en juicio. Además, dicha reclamación también es un factor de competencia, toda vez que una vez acreditado o probado este en los casos exigidos,

puede el juez admitir la demanda y disponer su trámite legal, pero ante la ausencia de esta se puede generar la inadmisión de la demanda y/o su eventual rechazo.

En ese mismo sentido, la reclamación administrativa se entiende agotada en dos situaciones: *i)* una vez se haya decidido; o *ii)* cuando transcurrido un mes de su presentación, no haya sido resuelta, en este evento el trabajador puede acudir a la jurisdicción o esperar la respuesta, en este último caso el término de prescripción se suspenderá hasta que la misma sea emitida.

Ahora bien, el artículo 6 del CPTSS es claro en señalar que la referida reclamación consiste en un simple reclamo por escrito del trabajador sobre el derecho que pretenda, es decir, que todo cuanto peticione en la acción ordinaria, para este caso, debe estar debidamente incluido en la reclamación, so pena de entenderse no agotado dicho requisito respecto de las peticiones que allí no están incluidas.

Bajo los anteriores presupuestos se verificará tanto el texto de la demanda, como la reclamación administrativa radicada el 5 de noviembre de 2020 ante Colpensiones (f.º 37 a 42, archivo 01 carpeta 1ª inst. exp. Digital), y para ello se advierte que del primer escrito, lo pretendido no es otra cosa más que la declaratoria de nulidad del traslado de régimen realizado por el actor, por mediar vicios del consentimiento y violación del deber de información, junto con el reconocimiento y pago de la pensión por vejez; ahora bien, del derecho de petición referenciado anteriormente, se avizora que el querer del libelista, era la afiliación y el traslado de régimen pensional administrado por Colpensiones y como consecuencia de ello, el reconocimiento de la prestación por vejez.

Conforme lo anterior, es evidente que el actor sí agotó la reclamación administrativa, respecto a la totalidad de las pretensiones planteadas en el libelo genitor, pues si bien el sustento normativo y jurisprudencial en las que se cimientan sus aspiraciones, distan entre sí, pues de un lado, se observa que se solicitó se dejara sin efecto el traslado de régimen, por la presunta existencia de vicios del consentimiento y omisión del deber de información, y del otro, se deprecia el traslado del régimen por ser beneficiario de los requisitos contemplados en la Sentencia SU-062 de 2010; así las cosas, no hay razón alguna para declarar carente de competencia al Juez de conocimiento, debido a que el fin perseguido por el promotor de la contienda, era retornar al régimen primigenio, con la finalidad de obtener de Colpensiones la pensión de vejez pasando los fundamentos de derecho a un segundo plano, pues la norma que regula el tema objeto de estudio no contempla que para que se entienda surtida o agotada la reclamación administrativa deber ser planteada en idénticos términos en los que deberá ser formulada la acción ordinaria laboral, por el

contrario, este postulado normativo consagra que «*Esta reclamación consiste en el simple reclamo escrito del servidor público o trabajador sobre el derecho que pretenda*», que para el caso de autos, corresponde al retorno del actor al RPM, indistintamente si la carga argumentativa se edifica sobre la teoría de la nulidad, la ineficacia, o por conservar y ser beneficiario del régimen de transición.

De acuerdo con lo anteriormente expuesto, se considera que la decisión adoptada por el juez de instancia fue acertada, en lo que a este punto de apelación se refiere, por tal razón, se impone confirmar la decisión recurrida.

DE LA SENTENCIA APELADA

Decantado lo anterior, procederá este órgano colegiado a desatar el recurso de apelación presentado por Porvenir S.A. y Colpensiones contra la sentencia de instancia, así como en el grado jurisdiccional de consulta en su favor en lo no apelado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del CPTSS.

PROBLEMA JURÍDICO

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

En el presente asunto no es materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: **i)** que el señor César Eduardo Camargo Ramírez nació el 21 de mayo de 1959 (archivo 9 de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); **ii)** que estuvo vinculado al ISS entre el 01 de marzo de 1978 al 31 de octubre de 1995 (fº 29 a 32 archivo 1, de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); **iii)** que estuvo vinculado a la Cajas de Previsión Social del Departamento del Norte de Santander entre el 26 de mayo de 1993 al 30 de junio de 1995 (fº 21 a 24, archivo 1, de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); y **iv)** que el **31 de octubre de 1995**, se trasladó al RAIS mediante la suscripción de un formulario de vinculación con Colpatria hoy Porvenir S.A., el cual se hizo efectivo a partir del 1 de noviembre de 1995 (fº 78 y 131 archivo 7, de la carpeta 1ª inst. exp. Digital).

INEFICACIA DEL TRASLADO

Ha sostenido la alta Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral que, cuando el conflicto suscitado tiene como origen la omisión de información al afiliado por parte de la AFP en el momento de traslado de régimen pensional debe analizarse

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

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

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

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

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

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

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

Así las cosas, en cuanto al deber de información exigible a las AFP, se ha considerado que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de las AFP, se estableció en cabeza de estas el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, acerca de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que

podrían tomar decisiones informadas (CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019, CSJ SL4360-2019, CSJ 2611-2020, CSJ SL4806-2020, entre otras).

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

Así, para la fecha en la que el accionante se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad –**31 de octubre de 1995**-, la obligación de la AFP se enmarcaba en el primer periodo, según el cual debía entregar información suficiente y transparente que le permitiera elegir «*libre y voluntariamente*» la opción que mejor se ajustara a sus intereses (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019), conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 -posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003-, lo cual implicaba la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

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

Ahora bien, aun cuando en el expediente obra el formulario de solicitud de afiliación de la AFP Colpatria hoy Porvenir S.A. de fecha 31 de octubre de 1995, de él solo se advierte la fecha de su diligenciamiento, los datos personales y laborales de la accionante, de modo que únicamente da cuenta de una exigencia requerida para el ingreso de un afiliado con la fórmula pre-impresa en la casilla destinada a la firma, sin que del mismo pueda concluirse que dicha AFP cumplió con el deber de suministrar al afiliado una ilustración suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna sobre las

implicaciones de abandonar el esquema de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras.

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

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

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

[...] en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción que el mismo

nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al RAIS, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.

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

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

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

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

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

Por lo tanto, se hace necesario Modificar y Adicionar el numeral tercero de la sentencia de primer grado, en el sentido de **CONDENAR** a la AFP Porvenir S.A., a pagar con su propio patrimonio, los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados, y con cargo a sus propios recursos, y los rendimientos con las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, más los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual, toda vez

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

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

PRESCRIPCIÓN

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

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

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de la demandada Colpensiones, como quiera que su recurso de alzada en contra del auto que declaró no probada la excepción previa, no prosperó.

Costas en esta instancia a cargo de las demandadas Colpensiones y Porvenir, como quiera que sus recursos de alzada en contra de la sentencia, no prosperaron.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR el auto proferido por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá, el 13 de mayo de 2022, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

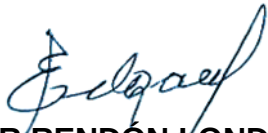
SEGUNDO: ADICIONAR Y MODIFICAR EL NUMERAL TERCERO de la sentencia apelada, proferida por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá, únicamente en el sentido de **ORDENAR** a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., a trasladar a COLPENSIONES y esta a su vez a recibir por parte de aquella, los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados, y con cargo a sus propios recursos, y los rendimientos con las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, más los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

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

CUARTO: COSTAS en esta instancia a cargo Colpensiones. Se fijan como agencias en derecho la suma de \$580.000, como quiera que no salió avante el recurso de apelación contra el auto que resolvió la excepción previa.

QUINTO: COSTAS en esta instancia a cargo Colpensiones y Porvenir S.A. Se fijan como agencias en derecho la suma de \$1`160.000, a cargo de cada una de ellas, en vista que sus recursos de alzada en contra de la sentencia, no prosperaron.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
 Magistrado Ponente


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
 Magistrada


ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

Magistrada

República de Colombia



Libertad y Orden

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

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	110013105021201900801-01
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	IVÁN JASSIR CALLE MARTÍNEZ
DEMANDADO	- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES - ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN - SKANDIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS - ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR - COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS
LLAMADO EN GARANTÍA	- MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.

En Bogotá D. C. a los Veintiocho (28) días del mes de abril de dos mil veintitrés (2023), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA:

ANTECEDENTES

Pretende el señor **IVÁN JASSIR CALLE MARTÍNEZ** se **declare** la ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida (en adelante RPM) al de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS) realizado a través de la AFP Colfondos S.A., por falta de información veraz, completa y oportuna acerca de las ventajas como de las desventajas de uno y otro sistema pensiones y en especial de su situación pensional y concreta; que se **declare** la ineficacia de los traslados realizados a Old Mutual el 26 de junio de 2009, Porvenir el 23 de noviembre de 2010, Old Mutual el 27 de marzo de 2014, Protección en el año 2015, Old Mutual en 28 de junio de 2017. En consecuencia, se **ordene** retrotraer las cosas a su estado anterior y

se tenga como afiliado en el RPM y como si nunca se hubiese trasladado, con la totalidad de aportes realizados, rendimientos financieros actualizados, al igual que el bono pensional y lo que haya obtenido; que se **condene** a las demandadas a lo que resulte probado ultra y extra petita, a las costas y agencias en derecho.

Como hechos fundamento de las pretensiones (fº 5 a 13 archivo 1, carpeta 1ª inst. exp. digital), señaló en síntesis, que se afilió al Sistema General de Pensiones en el RPM administrado por el ISS el 9 de febrero de 1996; que a partir de enero de 2000, realizó cotizaciones a Ecopetrol S.A., teniendo en cuenta que era su empleador; que el régimen al cual pertenecía Ecopetrol fue asumido el ISS hoy Colpensiones; que se trasladó al RAIS administrado por Colfondos el 1 de mayo de 2004; que el asesor comercial no le brindó información clara, completa y oportuna acerca de las ventajas y desventajas que se otorgaban en el RPM como en el RAIS, no se le hizo un estudio de su situación particular, solamente se le ilustró de los beneficios que podría obtener al cambiarse de régimen pensional; que se trasladó a Old Mutual el 26 de junio de 2009; que de este fondo se trasladó a Porvenir S.A. el 23 de noviembre de 2010; que de este fondo se trasladó a Old Mutual el 27 de marzo de 2014; que de este fondo se trasladó a Protección a mediados del año 2015; que de este fondo se trasladó a Old Mutual el 28 de junio de 2017; que nació el 26 de junio de 1964, por lo tanto, los 62 años de edad, serán cumplidos en el año 2026; que la AFP Old Mutual S.A. realizó simulación pensional bajo la modalidad de retiro programado cotizando el 100% del tiempo, proyectándose una mesada pensional para el cumplimiento de los 62 años de edad de \$3'474'600; que en el RPM su mesada pensional sería de \$15'133.909; que proyectando el número de semanas cotizadas entre el 1 de febrero de 1996 al 26 de junio de 2026 contaría con un total de 1.384 semanas; que se radicó derecho de petición ante Colpensiones el día 21 de octubre de 2019, solicitando la nulidad del traslado al RAIS; que esta entidad mediante comunicado del día 22 de octubre de 2019, negó la solicitud.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

SKANDIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS contestó (fº 55 a 72 archivo 01, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que el accionante estuvo afiliado a esta AFP entre el 1 de agosto de 2009, al 31 de diciembre de 2010, del 1 de mayo de 2014, al 31 de octubre de 2015, y del 28 de junio de 2017, hasta la fecha; que le fue realizada una simulación pensional bajo la modalidad de retiro programado cotizando el 100% del tiempo, en donde se estableció que, para el

cumplimiento de los 62 años de edad, la mesada pensional sería de \$3'474'600. Frente a los restantes supuestos fácticos, dijo no constarle o no ser ciertos. Propuso como excepciones de fondo, las que denominó así: Skandia no participó ni intervino en el momento de selección del régimen, el demandante se encuentra inhabilitado para el traslado de régimen en razón de la edad y el tiempo cotizado, ausencia de configuración de causal de nulidad, inexistencia de violación del debido proceso para el momento de la afiliación al RAIS, los supuestos facticos de este proceso no son iguales o similares, ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por el demandante, prescripción buena fe y genérica.

La **AFP PORVENIR S.A.**, contestó (fº 183 a 204 archivo 01 carpeta 1ª inst, exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, refirió a unos que no le constaban por corresponder a un tercero o que no eran ciertos. Aceptó que el demandante estuvo afiliado a esta AFP entre el 23 de noviembre de 2010 al 26 de marzo de 2014. Formuló las excepciones de fondo prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

Por su parte, **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**, contestó (fº 210 a 287 archivo 01, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. Respecto a lo hechos, aceptó que el accionante se trasladó del RPM al RAIS con esta AFP, el 1 de mayo de 2004. Frente a los restantes supuestos fácticos, dijo no constarle o no ser ciertos. Propuso como excepciones de fondo, las de falta de legitimación en la causa por pasiva, no existe prueba de causal de nulidad alguna, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, buena fe, compensación, pago, saneamiento de cualquier presunta nulidad de la afiliación, ausencia de vicios del consentimiento, innominada o genérica, obligación a cargo exclusivamente de un tercero y nadie puede ir en contra de sus propios actos.

COLPENSIONES, contestó (fº 377 a 417 archivo 1, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que el actor se afilió al RPM administrado por el ISS, el 9 de febrero de 1996; que fue presentado ante la entidad derecho de petición el 21 de octubre de 2019, en la que se solicitaba la nulidad del traslado, la cual fue negada mediante comunicado del 22 de octubre de 2019; frente a los demás, indicó que no le costaban. Formuló como excepciones de fondo, las de falta de legitimación en la causa por pasiva, no existe prueba de causal de nulidad alguna, prescripción de la acción para solicitar la nulidad el traslado, buena fe, compensación, pago, saneamiento de cualquier presunta nulidad de la afiliación innominada o genérica, ausencia de vicios del

consentimiento, obligación exclusiva a cargo de un tercero y nadie puede ir en contra de sus propios actos.

ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN contestó (fº 441 a 457, archivo 1, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que el señor Calle Martínez se afilió a esta AFP el 22 de septiembre de 2015, siendo esta afectiva a partir del 01 de noviembre de 2015. Como excepciones de mérito, formuló las denominadas inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del Sistema General de Pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: Inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarará la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y la innominada o genérica.

Adicional a lo anterior, se debe indicar que **SKANDIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS**, llamó en garantía a **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.** (f.º 113 a 116, archivo 1 exp. digital), en virtud de los contratos de seguro previsional suscritos entre dicha entidad y SKANDIA cuyas vigencias fueron entre el 2009 a 2010, 2014 a 2015 y 2017 a 2018, el que fue admitido por el Juzgado de origen (fº 510 y 511 archivo 1 exp. digital), y una vez notificada esa aseguradora, contestó la demanda señalando que se oponía a las pretensiones de esta y que no le constaba ningún hecho.

Frente al llamamiento en garantía, se opuso a la prosperidad de sus pretensiones y como sustento de ello, formuló las excepciones de prescripción de la acción derivada del contrato de seguro en relación a la afiliación del asegurado, frente a la acción material ejercida por la parte demandante, la demandada “Skandia Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A.” carece de amparo y/o cobertura, pues, el riesgo objeto de protección asegurativa no tiene relación con el objeto material de las pretensiones, siendo improcedente el llamamiento en garantía realizado frente a “Mapfre Colombia Vida Seguros S.A.”; “Mapfre Colombia Vida Seguros S.A.” no se encuentra obligada, en caso de una sentencia de condena contra la llamante en garantía, a efectuar devolución de la prima ni de ningún otro valor que corresponda a contraprestación del seguro, porque ella fue legalmente devengada y los riesgos estuvieron efectivamente amparados; a “Mapfre Colombia Vida Seguros S.A.” no le son oponibles los efectos de una eventual sentencia estimatoria de las pretensiones de la demanda, afectando a la llamante “Skandia Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A.” y, por lo mismo, no está obligada a restitución alguna.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 2 de junio de 2022 (archivo 18 carpeta 1ª inst. exp. digital), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por el señor IVÁN JASSIR CALLE MARTÍNEZ al régimen de ahorro individual el 1 de Mayo de 2004, con fecha de efectividad a partir del 1º de julio del mismo año por intermedio de COLFONDOS S.A., quedando afectado por la ineficacia también el traslado realizado a PORVENIR S.A., PROTECCIÓN Y SKANDIA S.A.; en consecuencia, declarar como afiliación válida la del régimen de prima media con prestación definida, administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES.

SEGUNDO: CONDENAR a SKANDIA S.A. a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los dineros que recibió por motivo de la afiliación del demandante- aportes pensionales, cotizaciones, bonos pensionales-, incluyendo los rendimientos generados por estos y los dineros destinados para la garantía de la pensión mínima; así como los gastos de administración, las comisiones y lo pagado por seguro previsional, debidamente indexados desde el nacimiento del acto ineficaz los cuales debe asumir con cargo a sus propios recursos y utilidades, sin deducción alguna por gastos de traslado, contenidos en la cuenta de ahorro individual del señor IVÁN JASSIR CALLE MARTÍNEZ. Para ello se concede el término de un (1) mes. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

TERCERO: CONDENAR a PORVENIR S.A., PROTECCIÓN Y COLFONDOS S.A. a trasladar a COLPENSIONES, dentro del término de un mes siguiente a la ejecutoria de esta decisión, la totalidad de los dineros que descontó de los aportes realizados por el señor IVÁN JASSIR CALLE MARTÍNEZ por concepto de garantía de pensión mínima, seguros previsionales y lo descontado por concepto de traslado, debidamente indexados, con cargo a sus propios recursos y utilidades.

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

QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por COLFONDOS, PORVENIR S.A., PROTECCIÓN, SKANDIA S.A, COLPENSIONES y el llamado en garantía MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. frente a la demanda principal, conforme a lo motivado.

SEXTO: DECLARAR PROBADAS las excepciones propuestas por MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A relacionadas en la parte motiva frente al llamamiento en garantía.

SÉPTIMO: ABSOLVER al llamado en garantía MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.

OCTAVO: COSTAS DE ESTA INSTANCIA a cargo de la AFP COLFONDOS S.A y a favor de la demandante. Líquidense por Secretaría, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$1.700.000. Sin costas en contra de PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A, SKANDIA S.A y COLPENSIONES.

NOVENO: COSTAS a cargo de SKANDIA y a favor MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. en virtud del llamamiento en garantía efectuado Líquidense por Secretaría, como agencias en derecho la suma de \$700.000.

Fundamentó su decisión, que dentro del proceso se encontraba demostrado que el demandante estuvo afiliado al ISS desde el 9 de febrero de 1996; que cotizó allí 76 semanas, que se trasladó a Colfondos 1 mayo de 2004; que posterior a ello se trasladó a Skandia el 1 de agosto de 2009; que de este fondo se pasó a Porvenir S.A. el 23 de noviembre de 2010; que luego retornó a Skandia el 27 de marzo de 2014; que de este fondo se trasladó a Protección el 22 de septiembre año 2015; que de allí se regresó nuevamente a Skandia el 28 de junio de 2017, entidad a la que actualmente se encuentra afiliado.

Sostuvo que, de acuerdo con la línea jurisprudencial trazada por la Corte Suprema de Justicia desde el año 2008, la decisión libre y voluntaria del traslado de régimen no se puede entender cuando las personas desconocen la incidencia que esta tiene frente a los derechos prestacionales, ni puede entenderse satisfecho con la simple firma de un formulario, debido a que a las AFP les asiste el deber de documentar que se brindó información clara y sucinta los efectos que traía el cambio de régimen, debido a que el deber de información surge desde el momento mismo de la creación de las AFP.

Dijo que, si bien el formulario de afiliación fue firmado de manera libre por la parte demandante, lo cierto es que con este no se acredita el deber de brindar una información suficiente, clara, comprensible y oportuna de abandonar el esquema del régimen de prima media y sus posibles consecuencias. A la misma conclusión llegó respecto de los formularios de afiliación suscritos con las demás demandadas cuando fueron realizados los traslados horizontales.

Respecto de la carga de la prueba, sostuvo que esta estaba en cabeza de los fondos de pensiones, conforme lo dispuesto en el artículo 1604 del Código Civil, por cuanto la demostración de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo, es decir, a quien ofrece el servicio, pues este es el experto en la materia y de acuerdo con el artículo 167 del CGP, que estipula que las negaciones indefinidas no requieren prueba, correspondiéndole probar el hecho positivo a la parte contraria.

Advirtió que, del interrogatorio de parte absuelto por la demandante se podía inferir que tenía conocimientos generales de lo que era el RAIS, lo cierto es que de este, no se podía inferir que al momento de traslado de régimen se le informó de manera clara y oportuna sobre los aspectos negativos y positivos, ventajas y desventajas de cada régimen pensional, así como aspectos relevantes como montos de la pensión, bono pensional, derecho de retracto, distribución del aporte, garantía de la pensión mínima, modalidades de pensión, entre otras.

Expresó que, con los comunicados de prensa allegados al plenario, tampoco se podía acreditar que al momento del traslado se le haya dado actor una información concreta clara y oportuna. Sostuvo que, el hecho que el actor sea abogado, esta circunstancia no implica que se tiene un conocimiento sobre los regímenes pensionales como para establecer una regla excluyente. Respecto a los traslados horizontales, señaló que estos no convalidan la falta de información y tampoco significa que esta haya sido suministrada al momento del traslado, aún más cuando ninguna administradora acreditó que en cada afiliación se haya brindado la información clara y oportuna. Aunado a ello, expresó que el hecho que el demandante haya estado afiliado e un régimen exceptuado con Ecopetrol, no impide que se realice su retorno al RPM, pues el estuvo afiliado allí con el extinto ISS hoy Colpensiones.

Lo anterior lo llevo a concluir que el acto jurídico de traslado no producía efectos, por lo que dispuso el regreso automático del demandante al RPM administrado por Colpensiones.

Respecto al llamado en garantía, indicó que este no era procedente en la medida que lo que permite la activación de la póliza es el amparo para cubrir sumas adicionales para completar el capital necesario de las pensiones de invalidez o sobrevivencia que llegare a reconocer Skandia por su afiliado o sus beneficiarios, mas no por la devolución de primas.

RECURSO DE APELACIÓN

La **AFP PORVENIR** impetró recurso de apelación, con la finalidad que se revoque parcialmente la sentencia dictada por la Juez de instancia, en relación con trasladar los gastos de administración, teniendo en cuenta para ello que por mandato legal estos tienen una destinación específica y en este caso cumplió plenamente su cometido, durante el tiempo que estuvo afiliado con esta AFP, de tal forma que estas sumas fueron invertidas en la forma que se encuentra exigida en la Ley 100 de 1994 y no se encuentran en poder de la entidad, pues estas fueron destinados a cubrir todos los gastos que ha implicado la correcta administración de los recursos aportados en la cuenta individual del actor, tendientes a incrementar su rentabilidad.

Por lo tanto, ordenarse la devoluciones de estos conceptos genera un enriquecimiento sin causa a favor del sistema, quien es el que se verá beneficiado, pues, además de los rendimientos generados en la cuenta individual del demandante, dineros que fueron trasladados en su oportunidad, también se están reintegrando con el patrimonio de esta sociedad, dineros que fueron destinados cubrir los gastos de

administración y que fueron invertidos para garantizar la rentabilidad mínima de los aportes que realizados por el afiliado.

De otro lado, argumentó que los aportes destinados a cubrir los seguros de invalidez y sobrevivencia fueron trasladados a la respectiva aseguradora contratada por la AFP, con los cuales el demandante tuvo cobertura frente a los riesgos de invalidez y muerte. Por lo que no resulta procedente su devolución.

Manifestó que, se debe tener en cuenta lo conceptuado por la Superfinanciera, en donde se ha señalado que el traslado de recurso entre los regímenes pensionales deberá efectuarse conforme con lo previsto en el artículo 7 del Decreto 3995 de 2008, disposición que no contempla la devolución de estos conceptos.

La AFP **PROTECCIÓN** interpuso recurso de apelación parcial, únicamente en lo relacionado con la devolución de los gastos de administración y seguro previsional, con la finalidad que sea modificada la decisión, argumentando para ello que ordenar la devolución de estos conceptos genera un enriquecimiento sin causa porque Colpensiones recibe una doble erogación por parte de los fondos pensionales, pues estos gastos cumplieron con su finalidad, pues de ello se generaron los rendimientos acumulados en la cuenta individual del demandante y por otro lado, esta AFP adquirió y pago los seguros previsionales pertinentes para el pago de eventuales contingencias que se generaran por muerte o invalidez del demandante, contando el afiliado con plena cobertura en el tiempo que estuvo vinculado con la AFP.

Por su parte, **COLPENSIONES** solicita que se revoque totalmente la sentencia apelada y como consecuencia de ello, se absuelva de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, teniendo en cuenta que, la afiliación del demandante al RAIS se realizó de manera libre, voluntaria y sin presiones conforme lo establecido en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, adicional a ello, el actor con los múltiples traslados horizontales que realizó en el RAIS, generó actos de relacionamiento, por lo que es claro que deseaba permanecer a él, que conoció el funcionamiento de este y teniendo la oportunidad de regresar al RPM no lo hizo.

Señaló que, Colpensiones es la más perjudicada con la decisión adoptada, pues se afecta la sostenibilidad financiera del sistema pensional; adicional a ello, manifiesta que el traslado del demandante se realizó hace más de 20 años, configurándose en un imposible probar las circunstancias que rodearon este acto, fecha para para la cual no era obligatorio dejar un registro documental, pues el deber de información solo se materializó a través de la Ley 1748 de 2015, y el Decreto 2071 de 2015, pues los fondos únicamente cuentan con el consentimiento vertido en el formulario de afiliación

para acreditar el conocimiento libre, voluntario, sin presiones e informado, por cuanto las leyes que surgieron entre los años 1994 y 2014, no exigían nada diferente al formulario de afiliación en donde se consignara la plena intención de querer pertenecer al RAIS.

Peticionó que, en caso de no acogerse a los argumentos planteados, solicita que se condicione el cumplimiento de la sentencia previo a la devolución de los dineros de la cuenta de ahorro individual, como son las cotizaciones, rendimientos financieros, bonos pensionales y gastos de administración y los demás a los que haya lugar por el periodo al que permaneció afiliado el demandante a los fondos privados.

Finalmente, solicitó que no se condene en costas como quiera que no participó en el acto que se declara ineficaz y es un tercero al que se le causa un daño injustificado por un contrato entre dos partes ajenas a Colpensiones.

La **AFP SKANDIA**, presenta recurso de apelación de contra de la decisión adoptada, con la finalidad que se revoque la orden de devolución de los gastos de administración y su indexación, lo anterior, en consideración el Decreto 3925 de 2008, que señala cuales son los rubros que deben trasladarse en el evento en que se efectuó un traslado de recursos entre los regímenes en el sistema general de pensiones. Esta norma contempla que solo debe trasladarse los aportes realizados en la cuenta de ahorro individual, pero no se contempla que estos recaigan sobre los gastos de administración, y así lo ha establecido la Superintendencia Financiera.

Manifestó que, no resulta procedente ordenar la indexación, dado a que si se orden la devolución de los rendimientos y los gastos de administración, se estaría sancionando a la entidad, dos veces por el mismo hecho, como quiera que con los rendimientos se compensa la devaluación monetaria que haya sufrido el demandante.

De otro lado, resaltó que en los términos del artículo 964 del Código Civil, el poseedor de buena fe no esta obligado a restituir los frutos percibidos, por lo tanto los gastos de administración fueron recibidos de buena fe y en cumplimiento de la Ley 100 de 1993, por lo tanto y ante la excelente administración de los recursos, se debe exonerar a esta administradora de la devolución de este concepto.

En lo relacionado a las primas de gastos previsionales, dijo que estos seguros son conceptos que no se encuentran a disposición de esta entidad, pues fueron trasladadas en cumplimiento de la Ley 100 de 1993 y en cumplimiento del contrato de seguro previsional a Mafpre y no se encuentran en cabeza de esta entidad.

Frente al llamamiento en garantía, indicó que este es procedente, en la medida que entre Mapfre y skandia existe un derecho legal y contractual que obliga a la aseguradora a pagar o reembolsar los dineros que haya tenido que pagar o sufragar referente a las primas que cubren las contingencias de invalidez y muerte, pues si bien estos tema no se tratan en este juicio, no debe perderse de vista que la sentencia declaró la ineficacia, por ello, el contrato previsional también debe dejarse sin efecto y en este sentido le corresponde a la llamada en garantía pagar estas primas, debido que al declarar la ineficacia queda sin piso el interés asegurable, por lo tanto, el contrato no producirá efecto alguno y la aseguradora está obligada a restituir las primas percibidas.

Finalmente, señaló que en el evento de ser confirmada esta decisión, solicita que se evalúe la figura de la prescripción, frente al pago de estas primas, pues los mismos deben ser regulados por los contratos de seguros, a la luz del artículo 1.081 del Código de Comercio, como quiera que la prescripción de las acciones que se derivan de los contratos de seguros prescriben en 2 años.

No fue propuesto recurso de apelación por parte del demandante, Colfondos, ni Mapfre Colombia Vida Seguros S.A.

CONSIDERACIONES

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

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual que hizo el demandante a través de la AFP Colfondos, y posteriormente a otras AFPs, es ineficaz por falta de información, y si como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a COLPENSIONES los todos aportes realizados por la actora en el RAIS. DE igual forma, se deberá establecer si resulta procedente impartir condena en contra del llamado en garantía.

En el presente asunto no es materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: *i)* que el señor **IVÁN JASSIR CALLE MARTÍNEZ** se afilió al ISS donde aportó

desde el 01 de febrero de febrero de 1996 hasta el 31 de julio de 1999, un total de 76 semanas (archivo 11 carpeta 1ª inst, exp. Digital); **ii)** que perteneció al régimen exceptuado de Ecopetrol durante el periodo comprendido entre el 29 de enero de 2003 al 01 enero de 2004 (fº 105 a 108, archivo 1 carpeta 1ª inst, exp. Digital) **iii)** que el **1 de mayo de 2004**, se trasladó al RAIS mediante la suscripción de un formulario de vinculación con Colfondos S.A., el que se hizo efectivo a partir del 1º de julio de 2004 (f.º 215 archivo 1 carpeta 1ª inst. exp. Digital); y **iv)** que realizó los siguientes traslados horizontales este AFPs: a Skandia el 1 de agosto de 2009, de donde se pasó a Porvenir S.A. el 23 de noviembre de 2010; luego retornó a Skandia el 27 de marzo de 2014; de este fondo se trasladó a Protección el 22 de septiembre año 2015; de allí retornó nuevamente a Skandia el 28 de junio de 2017, entidad a la que actualmente se encuentra afiliado. (f.º 89, 91,118, 205, 215, 288, 290, 458, 463, archivo 1 carpeta 1ª inst. exp. Digital).

INEFICACIA DEL TRASLADO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Así, para la fecha en la que la accionante se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad –**1 de mayo de 2004**-, la obligación de la AFP se enmarcaba en el primer periodo, según el cual debía entregar información suficiente y transparente que le permitiera elegir «libre y voluntariamente» la opción que mejor se ajustara a sus intereses (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019), conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 -posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003-, lo

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

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

Ahora bien, aun cuando en el expediente obra el formulario de solicitud de afiliación de la AFP Porvenir suscrito el 1 de mayo de 2004, de él solo se advierte la fecha de su diligenciamiento, los datos personales y laborales del accionante, de modo que únicamente da cuenta de una exigencia requerida para el ingreso de un afiliado con la fórmula pre-impresa en la casilla destinada a la firma, sin que del mismo pueda concluirse que dicha AFP cumplió con el deber de suministrar al afiliado una ilustración suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna sobre las implicaciones de abandonar el esquema de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras.

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

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

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

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

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

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

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

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

debidamente informada sobre las ventajas, desventajas y consecuencias de su traslado y permanencia en el RAIS.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Cabe agregar, que por vía jurisprudencial se ha aceptado que los fondos de pensiones también deben devolver a Colpensiones las «*primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos*» (CSJ SL1055-2022, entre muchas otras); como en este caso, ello fue ordenado por el juez de primer nivel, se **confirmará** la decisión de primer grado.

Ahora, no queda duda alguna que dichos valores deben ser indexados, como quiera que por el transcurso del tiempo, han sufrido pérdida del valor adquisitivo, no siendo viable que Colpensiones deba asumir esta pérdida, de otro lado, pese a que la cuenta de ahorro individual del actor generó rendimientos, ellos no compensa la devaluación que se pretende proteger con la indexación, por esta razón, no se acogen los fundamentos esbozados por Skandia.

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

COSTAS EN PRIMERA INSTANCIA

En cuanto a la condena en costas a Colpensiones en primera instancia, cabe mencionar que la misma es procedente, en los términos del numeral 1° del artículo 365 del CGP, como quiera que la misma fue vencida en juicio, además de haber presentado oposición a las pretensiones de la demanda.

Por otro lado, resulta también pertinente indicar que, tanto la doctrina como la jurisprudencia coinciden en que las costas no son consecuencia de un proceder determinado de las partes, de allí que no interese para su imposición que se haya actuado de buena o mala fe, diligente o negligentemente. Ello por cuanto actuar con probidad y sensatez es un deber que se le exige a toda persona que acude a la justicia a reclamar un derecho, de allí que las costas derivan objetivamente del resultado de un proceso o recurso formulado y, bajo esa lógica, simplemente quien sea vencido deberá asumir su pago (CSJ SL4123-2019).

De esta forma, la condena en costas contiene una obligación procesal que se dirige contra el patrimonio de la parte vencida, y que otorga a favor del vencedor un derecho de reintegro de los gastos procesales en los que se ha visto obligado a incurrir para ejercer su defensa, sin que ello implique que se vean afectados los recursos del sistema general de pensiones de la recurrente, pues la imposición de este gravamen no está con cargo a los recursos con destinación específica provenientes de la seguridad social en pensiones, es decir, recursos del régimen de prima media con prestación definida, sumado al hecho que esta entidad pública cuenta con recursos propios destinados específicamente para atender las contingencias que se deriven de los juicios que se adelanten en su contra.

DEL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA

Se debe precisar que Skandia Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A., en los términos del artículo 64 del C.G.P., realizó el llamado en garantía de Mapfre Colombia Vida Seguros S.A.; sin embargo, se debe indicar que el mismo no resulta procedente en la forma deprecada por la recurrente, como quiera que en virtud de las pólizas allegas al informativo (fº 120 a 125, archivo 1 exp. digital), los riesgos asegurados no son otros más que la muerte, invalidez por riesgo común, incapacidad temporal y auxilio funerario, sin que de allí se desprenda que la aseguradora deba garantizar patrimonialmente, las obligaciones impuestas en el presente juicio, dado que su responsabilidad se limita únicamente a las coberturas contratadas, esto es frente la invalidez y sobrevivencia, respecto de la afiliación del promotor de la contienda, al fondo de pensiones Skandia.

Aunado lo anterior, se debe indicar también que dentro del presente juicio no se discutió, ni mucho menos se impartió condena por concepto de riesgos de invalidez o sobrevivencia, lo que torna improcedente el llamamiento en garantía pretendido por Skandia, razones más que suficientes para confirmar la decisión de la juzgadora de instancia.

PRESCRIPCIÓN

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

Por otro lado, tenemos que ni los gastos de administración ni los valores por concepto de primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, tampoco son objeto del fenómeno prescriptivo, habida cuenta que estos recursos al contribuir con la financiación y construcción de un derecho pensional tampoco podrían ser objeto de prescripción, aún más, cuando estos recursos constituyen un fondo común de naturaleza pública, que garantiza no solo el pago de las eventuales prestaciones a las que pudiera tener derecho el aquí demandante, sino, el de todos los afiliados del régimen de prima media con prestación definida.

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

Por último, frente a la apelación de la parte demandante relacionada con la no condena en costas en primera instancia, advierte que esta Corporación que le asiste razón como quiera que conforme el numeral 1° del artículo 365 del CGP la parte vencida en el proceso será condenada en costas, luego al serle adversa la sentencia de primer grado a Colpensiones, esta debe ser condenada en costas, máxime que presentó oposición a las pretensiones de la demanda. En conclusión, se adicionará la decisión en este aspecto.

COSTAS

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

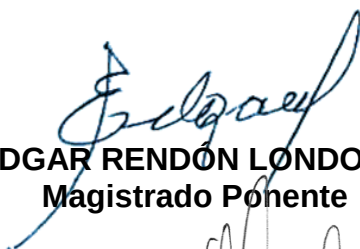
En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR de la sentencia proferida por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 2 de junio de 2022, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de las demandadas Porvenir, Protección, Colpensiones y Skandia. Se fijan como agencias en derecho la suma de \$1.160.000, a cargo de cada una de ellas.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

República de Colombia



Libertad y Orden

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

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	110013105021202100061-01
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	ANA CRISTINA BENAVIDES FRANCO
DEMANDADO	- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES - COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS - ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. - ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

En Bogotá D. C. a los Veintiocho (28) días del mes de abril de dos mil veintitrés (2023), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA:

ANTECEDENTES

Pretende la señora **ANA CRISTINA BENAVIDES FRANCO** se **declare** la ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida (en adelante RPM) al de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS) realizado a través de la AFP Protección S.A., por falta de información clara, cierta y comprensible, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los dos regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado de régimen efectuado. En consecuencia, que se **ordene** anular los traslados efectuados entre administradoras del RAIS; se **ordene** a Cofondos a devolver a Colpensiones la totalidad de los dineros que se encuentren depositados en su cuenta de ahorro individual; se condene a Colpensiones a recibirla sin solución de continuidad y proceda

a corregir y actualizar la historia laboral; que se **condene** a las demandadas a lo que resulte probado ultra y extra petita, a las costas y agencias en derecho.

Como hechos fundamento de las pretensiones (fº 6 a 8 archivo 1, carpeta 1ª inst. exp. digital), señaló en síntesis, que nació el día 16 de junio de 1961, cumpliendo la edad mínima requerida dentro del RPM para acceder a la Pensión de Vejez, el mismo día y mes del año 2018; que se afilió al Sistema General de Pensiones con el RPM el día 1 de Junio de 1987, cotizando un total de 225 semanas con el ISS – hoy Colpensiones; que el día 1 de abril de 1996, se trasladó del RPM a I RAIS, mediante afiliación a Protección S.A.; que esa decisión no estuvo precedida de la suficiente información e ilustración por parte de esa entidad, por no haber suministrado a la afiliada una información, clara, cierta y comprensible, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los dos regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado de régimen efectuado; que realizó un traslado entre administradoras del RAIS de Protección a Porvenir S.A.; que con fecha de efectividad 1 de agosto de 2006, realizó un traslado más entre administradoras del RAIS de Porvenir a Colfondos; que desde su afiliación al RAIS, hasta el 31 de octubre de 2020, cotizó a ese régimen un total de 1.143 semanas, siendo su actual administradora de pensiones Colfondos S.A.

Indicó que, ha cotizado al Sistema General de Pensiones con los dos regímenes un total de 1.368 semanas; que era obligación del fondo demandado Porvenir, informarle sobre el año de gracia que concedió el artículo segundo de la Ley 797 de 2003, reglamentado por el artículo 1 del Decreto 3800 de 2003, el cual permitía que los afiliados se pudieran trasladar por una única vez antes del 28 de enero de 2004, y a pesar de ello no esto no aconteció, quedando en evidencia la mala fe de la administradora de pensiones; que Colfondos le debió informar antes del 16 de junio de 2008, sobre la imposibilidad de trasladarse cuando le faltaren diez años o menos para cumplir la edad mínima para adquirir el derecho a la pensión, conforme lo establece el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el Artículo 2 de la ley 797 de 2003, el cual fue reglamentado por el Decreto 3800 de 2003, situación que tampoco ocurrió.

Sostuvo que, Colfondos le informó que el valor de su mesada pensional para el año 2021, fecha en la que cumplirá los 60 años de edad, sería de \$2.225.350 en el RAIS; que conforme con su historia laboral, tiene un ingreso base de liquidación de \$8'620.480, suma que aplicándole una tasa de reemplazo del 62.25%, arroja una mesada pensional de \$5'366.429 en el RPM; que elevó derecho de petición a Protección, Protección, Colfondos y Colpensiones el día 5 de febrero de 2021, solicitando la ineficacia del traslado de régimen efectuado el 1 de abril de 1996.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La **AFP PORVENIR S.A.**, contestó (archivo 08 carpeta 1ª inst, exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que la demandante nació el 16 de junio de 1961; que realizó traslado de Protección a Porvenir; que se trasladó de esta administradora a Colfondos, haciéndose esta efectiva a partir del 1 de agosto de 2006; que presentó solicitud de ineficacia de traslado el día 5 de febrero de 2021. Frente a los restantes supuestos fácticos, dijo no constarle o no ser ciertos. Formuló las excepciones de fondo de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

Por su parte, **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**, contestó (archivo 09, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. Respecto a lo hechos, aceptó que la accionante realizó traslado de Porvenir a esta administradora, haciéndose esta efectiva a partir del 1 de agosto de 2006; que presentó solicitud de ineficacia de traslado el día 5 de febrero de 2021. Frente a los restantes supuestos fácticos, dijo no constarle o no ser ciertos. Propuso como excepciones de fondo, las de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrados por Colfondos S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago.

COLPENSIONES, contestó (archivo 10, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que el natalicio de la demandante fue el 16 de junio de 1961; que su afiliación al Sistema General de Pensiones con el RPM fue el día 1 de junio de 1987, cotizando allí un total de 225 semanas; que ella presentó solicitud de ineficacia de traslado el día 5 de febrero de 2021; frente a los demás, indicó que no le costaban. Formuló como excepciones de fondo, las de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica.

ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN contestó (archivo 14, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las

pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que la demandante nació el 16 de junio de 1961; que realizó un traslado entre administradoras del RAIS de Protección a Porvenir. Respecto de los demás hechos, indica que no le constan. Como excepciones de mérito formuló las denominadas inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento Indevido de los Recursos Públicos y del Sistema General de Pensiones, buena fe, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, 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, 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, aplicación del precedente sobre los ACTOS DE RELACIONAMIENTO al caso concreto; traslado de aportes y la innominada o genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 22 de junio de 2022 (archivo 24 y 25, carpeta 1ª inst. exp. digital), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la señora ANA CRISTINA BENAVIDES FRANCO al régimen de ahorro individual el 15 DE MARZO DE 1.996, con fecha de efectividad a partir del 1 DE MAYO DEL MISMO AÑO por intermedio de PROTECCIÓN S.A., quedando afectado por la ineficacia también el traslado realizado a PORVENIR S.A. Y COLFONDOS S.A.; en consecuencia, declarar como afiliación válida la del régimen de prima media con prestación definida, administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES.

SEGUNDO: CONDENAR a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los dineros que recibió por motivo de la afiliación de la demandante -aportes pensionales, cotizaciones, bonos pensionales-, incluyendo los rendimientos generados por estos y los dineros destinados para la garantía de la pensión mínima; así como los gastos de administración, las comisiones y lo pagado por seguro previsional, debidamente indexados desde el nacimiento del acto ineficaz los cuales debe asumir con cargo a sus propios recursos y utilidades, sin deducción alguna por gastos de traslado, contenidos en la cuenta de ahorro individual de la señora ANA CRISTINA BENAVIDES FRANCO. Para ello se concede el término de un (1) mes. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. y a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES, dentro del término de un mes siguiente a la ejecutoria de esta decisión, la totalidad de los dineros que descontó de los aportes realizados por la señora ANA CRISTINA BENAVIDES FRANCO por motivo de gastos y comisión de administración, aporte de

la garantía de la pensión mínima, seguros previsionales y lo descontado por concepto de traslado, debidamente indexados, con cargo a sus propios recursos y utilidades.

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

QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES, conforme a lo motivado.

SEXTO: COSTAS DE ESTA INSTANCIA a cargo de la AFP PROTECCIÓN S.A. y a favor de la demandante. Líquidense por Secretaría, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$1.700.000. Sin costas en contra de COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A.

Fundamentó su decisión, que dentro del proceso se encontraba demostrado que la demandante estuvo afiliada al ISS desde el 11 de mayo de 1987; que cotizó allí 223,26 semanas; que se trasladó a Protección 15 de marzo de 1996; que posterior a ello se trasladó a Porvenir el 27 de marzo de 2002; que de este fondo se trasladó a Colfondos el 27 de junio de 2006.

Sostuvo que, de acuerdo con la línea jurisprudencial trazada por la Corte Suprema de Justicia desde el año 2008, la decisión libre y voluntaria del traslado de régimen no se puede entender cuando las personas desconocen la incidencia que esta tiene frente a los derechos prestacionales, ni puede entenderse satisfecho con la simple firma de un formulario, debido a que a las AFP les asiste el deber de documentar que se brindó información clara y sucinta los efectos que traía el cambio de régimen, debido a que el deber de información surge desde el momento mismo de la creación de las AFP.

Indicó que, si bien el formulario de afiliación fue firmado de manera libre por la parte demandante, lo cierto es que con este no se acredita el deber de brindar una información suficiente, clara, comprensible y oportuna de abandonar el esquema del régimen de prima media y sus posibles consecuencias. A la misma conclusión llegó respecto de los formularios de afiliación suscritos con las demás demandadas cuando fueron realizados los traslados horizontales.

Respecto de la carga de la prueba, sostuvo que esta estaba en cabeza de los fondos de pensiones, conforme lo dispuesto en el artículo 1604 del Código Civil, por cuanto la demostración de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo, es decir, a quien ofrece el servicio, pues este es el experto en la materia y de acuerdo con el artículo 167 del CGP, que estipula que las negaciones indefinidas no requieren prueba, correspondiéndole probar el hecho positivo a la parte contraria; que con los comunicados de prensa allegados al plenario, tampoco se podía acreditar que al

momento del traslado se le haya dado actor una información concreta clara y oportuna.

Advirtió que, del interrogatorio de parte absuelto por la demandante se podía inferir que tenía conocimientos generales de lo que era el RAIS, lo cierto es que de este, no se podía colegir que al momento de traslado de régimen se le informó de manera clara y oportuna sobre los aspectos negativos y positivos, ventajas y desventajas de cada régimen pensional, así como aspectos relevantes como montos de la pensión, bono pensional, derecho de retracto, distribución del aporte, garantía de la pensión mínima, modalidades de pensión, entre otras.

Adicional a lo anterior, sostuvo que el hecho que el actor sea abogada y que haya laborado en entidades financiera, esta circunstancia no implica que se tiene un conocimiento sobre los regímenes pensionales como para establecer una regla excluyente. Respecto a los traslados horizontales, señaló que estos no convalidan la falta de información y tampoco significa que esta haya sido suministrada al momento del traslado, aún más cuando ninguna administradora acreditó que en cada afiliación se haya brindado la información clara y oportuna.

Lo anterior, la llevó a concluir que el acto jurídico de traslado no producía efectos, por lo que dispuso el regreso automático de la demandante al RPM administrado por Colpensiones.

RECURSO DE APELACIÓN

La **AFP PORVENIR** impetró recurso de apelación, con la finalidad que se revoque la sentencia dictada por la Juez de instancia, teniendo en cuenta para ello que, la demandante se afilió de manera libre, voluntaria y recibió información clara y completa sobre el RAIS, recibió asesoría personalizada y suscribió formulario de afiliación en los términos de ley.

Respecto a los gastos de administración, indica que estos tienen por mandato legal una destinación específica y en este caso cumplió plenamente su cometido, durante el tiempo que estuvo afiliado con esta AFP, de tal forma que estas sumas fueron invertidas en la forma que se encuentra exigida en la Ley 100 de 1994, y no se encuentran en poder de la entidad, pues estas fueron destinados a cubrir todos los gastos que ha implicado la correcta administración de los recursos aportados en la cuenta individual del actor.

Señaló que, el artículo 7 del Decreto 3995 de 2008, establece cuales son conceptos que deben ser devueltos en casos de traslado, por tal razón, no hay lugar a que la misma sea desconocida.

De otro lado, argumentó que los aportes destinados a cubrir los seguros previsionales fueron trasladados a la respectiva aseguradora contratada por la AFP, con los cuales el demandante tuvo cobertura frente a los riesgos de invalidez y muerte. Por lo que no resulta procedente su devolución.

Por su parte, **COLPENSIONES** solicita que se revoque totalmente la sentencia apelada y como consecuencia de ello, se absuelva de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, teniendo en cuenta que, la demandante tuvo la vocación de permanecer en el RAIS, pues con los traslados horizontales que realizó dentro del RAIS, realizó comportamientos propios de actos de relacionamiento, adicional a ello, su traslado al RAIS se realizó de manera libre, voluntaria y sin presiones conforme lo establecido en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993,

Expresó que, Colpensiones es la más perjudicada con la decisión adoptada, pues se afecta la sostenibilidad financiera del sistema pensional; que el traslado de la demandante se realizó hace más de 20 años, configurándose en un imposible probar las circunstancias que rodearon este acto, fecha para para la cual no era obligatorio dejar un registro documental, pues el deber de información solo se materializó a través de la Ley 1748 de 2015, y el Decreto 2071 de 2015, pues los fondos únicamente cuentan con el consentimiento vertido en el formulario de afiliación para acreditar el conocimiento libre, voluntario, sin presiones e informado, por cuanto las leyes que surgieron entre los años 1994 y 2014 no exigían nada diferente al formulario de afiliación en donde se consignara la plena intención de querer pertenecer al RAIS.

Peticionó que, en caso de no acogerse a los argumentos planteados, solicita que se condicione el cumplimiento de la sentencia previo a la devolución de los dineros de la cuenta de ahorro individual, como son las cotizaciones, rendimientos financieros, bonos pensionales y gastos de administración y los demás a los que haya lugar por el periodo al que permaneció afiliado el demandante a los fondos privados.

Finalmente, solicitó que no se condene en costas como quiera que no participó en el acto que se declara ineficaz y es un tercero al que se le causa un daño injustificado por un contrato entre dos partes ajenas a Colpensiones.

CONSIDERACIONES

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

PROBLEMA JURÍDICO

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

En el presente asunto no es materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: *i)* que la señora **Ana Cristina Benavides Franco** se afilió al ISS donde aportó desde el 11 de marzo de 1987 hasta el 31 de octubre de 1999, un total de 223,86 semanas (f° 568 a 578, archivo 10 carpeta 1ª inst, exp. Digital); *ii)* que el **15 de marzo de 1996**, se trasladó al RAIS mediante la suscripción de un formulario de vinculación con Protección S.A., el que se hizo efectivo a partir del 1° de mayo de 1996 (f.° 20 archivo 9 y f° 32, archivo 14, carpeta 1ª inst. exp. Digital); *iii)* que realizó los siguientes traslados horizontales entre AFPs: a Porvenir el 27 de marzo de 2002, de donde se trasladó a Colfondos el 1 de agosto de 2006, entidad a la que actualmente se encuentra afiliado. (f.° 32 archivo 8, f° 20 archivo 9, carpeta 1ª inst. exp. Digital).

INEFICACIA DEL TRASLADO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Así, para la fecha en la que la accionante se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad –**15 de marzo de 1996**–, la obligación de la AFP se enmarcaba en el primer periodo, según el cual debía entregar información suficiente y transparente que le permitiera elegir «*libre y voluntariamente*» la opción que mejor se ajustara a sus intereses (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019), conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 -posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003-, lo cual implicaba la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

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

Ahora bien, aun cuando en el expediente obra el formulario de solicitud de afiliación de la AFP Protección suscrito el 15 de marzo de 1996, de él solo se advierte la fecha de su diligenciamiento, los datos personales y laborales del accionante, de modo que únicamente da cuenta de una exigencia requerida para el ingreso de un afiliado con la fórmula pre-impresa en la casilla destinada a la firma, sin que del mismo pueda concluirse que dicha AFP cumplió con el deber de suministrar al afiliado una ilustración suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna sobre las implicaciones de abandonar el esquema de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras.

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

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

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

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

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

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

De modo que no es dable siquiera sugerir que los posteriores traslados entre administradoras pueden configurar un acto de relacionamiento capaz de ratificar la voluntad de permanencia en ellas, como se infiere de las decisiones de la Sala

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

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

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

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

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

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

pensiones, y si estuvo afiliado al RAIS, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.

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

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

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

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

Cabe agregar, que por vía jurisprudencial se ha aceptado que los fondos de pensiones también deben devolver a Colpensiones las «*primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos*» (CSJ SL1055-2022, entre muchas otras); como en este caso, ello fue ordenado por el juez de primer nivel, se **confirmará** la decisión de primer grado, aclarando que al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen. .

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

COSTAS EN PRIMERA INSTANCIA

En cuanto a la condena en costas a Colpensiones en primera instancia, cabe mencionar que la misma es procedente, en los términos del numeral 1° del artículo 365 del CGP, como quiera que la misma fue vencida en juicio, además de haber presentado oposición a las pretensiones de la demanda.

Por otro lado, resulta también pertinente indicar que, tanto la doctrina como la jurisprudencia coinciden en que las costas no son consecuencia de un proceder determinado de las partes, de allí que no interese para su imposición que se haya actuado de buena o mala fe, diligente o negligentemente. Ello por cuanto actuar con probidad y sensatez es un deber que se le exige a toda persona que acude a la justicia a reclamar un derecho, de allí que las costas derivan objetivamente del resultado de un proceso o recurso formulado y, bajo esa lógica, simplemente quien sea vencido deberá asumir su pago (CSJ SL4123-2019).

De esta forma, la condena en costas contiene una obligación procesal que se dirige contra el patrimonio de la parte vencida, y que otorga a favor del vencedor un derecho de reintegro de los gastos procesales en los que se ha visto obligado a incurrir para ejercer su defensa, sin que ello implique que se vean afectados los recursos del sistema general de pensiones de la recurrente, pues la imposición de este gravamen no está con cargo a los recursos con destinación específica provenientes de la seguridad social en pensiones, es decir, recursos del régimen de prima media con prestación definida, sumado al hecho que esta entidad pública cuenta con recursos propios destinados específicamente para atender las contingencias que se deriven de los juicios que se adelanten en su contra.

PRESCRIPCIÓN

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

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

COSTAS

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

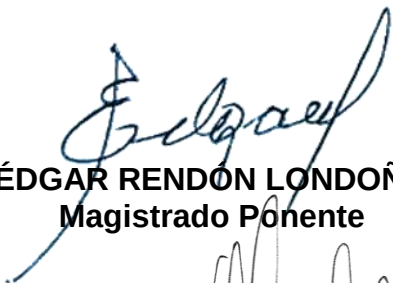
En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR de la sentencia proferida por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 22 de junio de 2022, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de las demandadas Porvenir y Colpensiones. Se fijan como agencias en derecho la suma de \$1.160.000, a cargo de cada una de ellas.

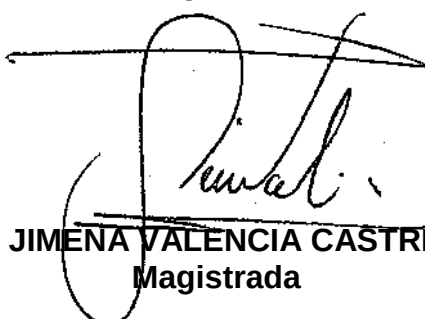
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada