



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

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada Ponente

REFERENCIA:	PROCESO ORDINARIO LABORAL - SENTENCIA
RADICACIÓN.	11001 31 05 015 2021 00138 01
DEMANDANTE:	RUTH ELENA GUZMÁN BOCANEGRA
DEMANDADAS:	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA y COLFONDOS SA PENSIONES Y CESANTÍAS.

Bogotá DC, veintinueve (29) de junio de dos mil veintitrés (2023).

En la fecha, en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 13 de la Ley 2213 de 2022, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados MILLER ESQUIVEL GAITÁN, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por Colpensiones y surtir el grado jurisdiccional de consulta en su favor, respecto de la sentencia proferida el 19 de septiembre de 2022, por el Juzgado 15 Laboral del Circuito de Bogotá DC.

I. ANTECEDENTES

Pretende la demandante que se declare que el acto jurídico a través del cual se afilió en noviembre de 1999 al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por Colfondos SA, se encuentra viciado en su consentimiento por haber sido inducida a error, tras no ser informada de las consecuencias negativas o positivas que tiene dicho régimen en comparación con el Régimen de Prima Media con Prestación Definida; en consecuencia, se condene a Colfondos SA y a Porvenir SA a trasladar a Colpensiones la totalidad de los aportes a pensión realizados en su cuenta de ahorro individual, más los rendimientos financieros, intereses y que a su vez se condene a Colpensiones a

recibir estos aportes, la registre como una afiliada al RPMPD (págs. 1-3 arch. 01 C01).

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que en el año 1965 fue afiliada para los riesgos de IVM en el extinto ISS; en noviembre de 1999 se trasladó a Colfondos SA y el 10 de julio de 2003 se trasladó a Porvenir SA, debido a que le informaron que se pensionaría con un monto mayor al que tendría en Colpensiones y que podría acceder a la pensión a una edad más temprana, pero no le hicieron una proyección financiera, ni se le brindaron los elementos de juicio suficientes para decidir conscientemente cuál era el régimen pensional que más le convenía. (págs. 3-4 *idem*).

II. TRÁMITE PROCESAL

Previa subsanación, la demanda se admitió el 5 de noviembre de 2021, ordenando su notificación y traslado a las demandadas (arch. 12 C01), quienes dieron respuesta en término oportuno.

Porvenir SA, se opuso a lo pretendido, por considerar que informó a la actora de manera completa y suficiente acerca de las características y beneficios que componían al RAIS para que tomara una decisión libre y voluntaria acerca del fondo que más se adaptara a sus intereses y formuló las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe (arch. 19 *idem*).

Colpensiones presentó oposición a lo pretendido, indicando que los múltiples traslados entre regímenes a partir de declaratorias de nulidad afectan la sostenibilidad financiera del sistema de pensiones. En su defensa propuso como excepciones las de prescripción, caducidad, cobro de lo no debido y buena fe (21 *idem*).

Colfondos SA, se opuso a lo pretendido por considerar que brindó a la demandante una asesoría de manera integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de régimen y entre administradoras de pensiones. Formuló las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con

solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias y prescripción (págs. 11-13 arch. 25 *idem*).

La **Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado**, a pesar de haber sido legalmente notificada guardó silencio (archs. 38 *idem*).

III.SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 15 Laboral del Circuito de Bogotá DC, en audiencia celebrada el 19 de septiembre de 2022, profirió sentencia en la que declaró la ineficacia del traslado que hizo el demandante el 1º de diciembre de 1999 y condenó a Porvenir SA, a trasladar los recursos que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la accionante, correspondientes a aportes y rendimientos a Colpensiones. (pág. 3, arch 49)

Consideró que conforme a la normatividad vigente para la época del traslado de régimen del demandante y a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, el deber de información está radicado en cabeza de las AFP, sin embargo, no se aportaron medios de convicción tendientes a demostrar la información clara, transparente, veraz, suficiente y conducente suministrada al demandante al momento de efectuar su traslado al RAIS y escoger libremente ese régimen, resaltando que en el presente caso no hubo siquiera un asesor que le hubiese podido explicar las consecuencias del traslado a la demandante, por ende, es procedente declarar la ineficacia del traslado y ordenar a la AFP el traslado de los recursos que obran en la cuenta de ahorro individual.

Precisó que no disponía el traslado de los gastos de administración y los seguros previsionales, toda vez que los fondos de pensiones tanto públicos como privados funcionan con autorización legal y los dineros cobrados por concepto de gastos de administración son destinados al funcionamiento y a la logística necesaria para administrar los recursos pensionales, en tanto que los destinados a las primas de los seguros, cumplieron su fin de proteger al afiliado de las contingencias de invalidez y muerte. (arch. 48 C01).

IV.RECURSO DE APELACIÓN

Colpensiones interpuso recurso de apelación parcial, manifestando que no es posible que se le impongan las cargas derivadas de un traslado

desinformado, por lo que solicitó se de aplicación a lo dispuesto por la Corte Suprema de Justicia y se ordene el reintegro total de la cotización, incluyendo los recursos de la cuenta de ahorro individual, el porcentaje destinado a la financiación del fondo de garantía de la pensión mínima, los rendimientos, los porcentajes destinados a seguros provisionales y los gastos de administración (arch. 48 *idem*).

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Recibidas las diligencias en esta Corporación, mediante auto del 16 de enero de 2023 se admitió el recurso interpuesto y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones; y, conforme a lo normado en el art. 13 de la Ley 2213 de 2022, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar (arch. 04 C02).

En tal sentido, presentaron alegaciones de instancia la parte demandante, Colpensiones y Porvenir SA, reiterando los argumentos expuesto en sus alegatos de conclusión y en el recurso formulado por Colpensiones. (archs. 06, 08 y 10 C02).

VI. ACLARACIÓN PREVIA

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

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

VII. CONSIDERACIONES

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

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** la demandante nació el 7 de noviembre de 1965 (pág. 27 arch. 01 C01); **ii)** cotizó al régimen de prima media con prestación definida desde el año 1986, hasta el mes de noviembre de 1999 (pág. 32 - 37 arch. 01); **iii)** el 30 de noviembre de 1999 se trasladó al RAIS administrado por la AFP Colfondos SA, con fecha de efectividad desde el 1º de diciembre de esa anualidad (págs. 100-102 arch. 25), **iv)** el 1º de agosto de 2005 se trasladó a Porvenir SA (págs. 33-34 arch. 19), administradora en la que actualmente se encuentra afiliada con un total de 1725 semanas conforme la historia laboral expedido el 11 de noviembre de 2021 (págs. 35-46 arch. 19).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En esta providencia, también se dijo:

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

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

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

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

En el caso que ocupa la atención de esta Sala, la demandante se vinculó a partir del 1º de diciembre de 1999 al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP **Colfondos SA**, y si bien en el formulario de vinculación (pág. 101 arch. 25 C01) se hace referencia expresa a que la decisión se adoptó de manera libre, espontánea y sin presiones, conforme al mandato del art. 114 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con lo previsto en el art. 11 del Decreto 692 de 1994, esa sola afirmación, no acredita que en efecto se le haya suministrado la información oportuna, suficiente y veraz, en los términos dispuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de la AFP Colfondos, que hubiere suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración del acto jurídico de traslado de régimen, para establecer la existencia de un consentimiento informado por parte de la afiliada para esa época, tal como lo concluyó el *a quo*, la sanción jurídica a ese incumplimiento, es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico de la afiliación al régimen de ahorro individual, así como del traslado posterior verificado, por lo que se **confirmará** la decisión de declarar la **INEFICACIA DEL TRASLADO** de régimen pensional realizado por el demandante el 30 de noviembre de 1999 con su afiliación a la AFP Colfondos SA, efectiva desde el 1º de diciembre de esa anualidad.

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

Por lo expuesto, se **adicionará** el numeral **primero** de la sentencia apelada y consultada, para ordenar que las AFP demandadas Porvenir y Colfondos, que efectúen la devolución de la totalidad de los conceptos mencionados por el *a quo*, *junto con los bonos pensionales si los hubiere, así como debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, las primas de seguros previsionales, porcentaje*

destinado al fondo de garantía de pensión mínima, comisiones y gastos de administración, con la discriminación y detalle de la totalidad de los valores a devolver.

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

Sin costas en la alzada, ante su no causación.

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR el numeral **primero** de la sentencia proferida el 19 de septiembre de 2022, por el Juzgado 15 Laboral del Circuito de Bogotá DC, en cuanto a que tanto **Colfondos SA Pensiones y Cesantías** como la **Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir SA**, deberán devolver también con destino a Colpensiones, los bonos pensionales si fueron redimidos, y además, con cargo a sus propios recursos y debidamente indexados, los valores descontados de los aportes efectuados en el tiempo de vinculación con cada AFP, por concepto de primas de seguros previsionales, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima y gastos o comisiones de administración, todo lo anterior, discriminado con sus respectivos valores y con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aporte pagado, y demás conceptos objeto de devolución, según lo expuesto en las consideraciones de esta decisión.

¹ CSJ SL1688-2019.

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

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada ponente

(En uso de permiso)
MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado

(*) Hipervínculo de consulta de expediente digitalizado:

https://etbcsj-my.sharepoint.com/:f/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/EhQM3fgwcs5NjishvCcdLp_cBSSvP8WMrLa6_cB1RBcHaOA?e=66Neu6

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

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

Código de verificación: **dc29a2f1fe7a4555e6b9f3edf404a225e98d997040e277ed538ea26643028e78**

Documento generado en 04/07/2023 12:40:42 PM

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



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

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada Ponente

REFERENCIA:	PROCESO ORDINARIO LABORAL - SENTENCIA
RADICACIÓN.	11001 31 05 021 2018 00603 01
DEMANDANTE:	JORGE CORTÉS ROJAS
DEMANDADAS:	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA

Bogotá DC, veintinueve (29) de junio de dos mil veintitrés (2023).

En la fecha, en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 13 de la Ley 2213 de 2022, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados MILLER ESQUIVEL GAITÁN, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos por Porvenir SA y Colpensiones, y surtir el grado jurisdiccional de consulta en su favor, respecto de la sentencia proferida el 30 de septiembre de 2022, por el Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá DC.

I. ANTECEDENTES

Pretende el demandante que se deje sin efecto la afiliación y traslado al RAIS efectuada en el mes de febrero de 2000, ante la omisión de Porvenir SA de cumplir el deber profesional de información; en consecuencia, se ordene el traslado y afiliación a Colpensiones, como si nunca se hubiera trasladado; a Porvenir SA la devolución a Colpensiones de todos los dineros que recibió con motivo de su afiliación; y, se condene a Colpensiones al reconocimiento y pago de la pensión de vejez del accionante, a partir del 25 de febrero de 2012, con una tasa de reemplazo del 90% (pág. 29 arch. 01 C01).

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que se afilió al sistema general de pensiones desde el 21 de noviembre de 1973; se trasladó al RAIS administrado por Porvenir SA el 9 de febrero de 2000 como consecuencia de la publicidad realizada por los fondos privados de pensiones, sin que se le hubiera brindado ningún tipo de asesoría y ocultando las desventajas del régimen de ahorro individual. Informó que desconocía que al afiliarse a un fondo privado renunciaba al régimen de transición, que después de 42 años de servicio ha cotizado más de 2184 semanas y que al solicitar el reconocimiento de la pensión de vejez ante Porvenir SA; dicho fondo negó su petición afirmando que no tiene el capital exigido para tal fin, por lo que interpuso demanda ordinaria laboral, la que fue conocida por el Juzgado 13 Laboral del Circuito de Bogotá (págs. 27 – 33 *idem*).

II. TRÁMITE PROCESAL

La demanda se admitió el 08 de agosto de 2019, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas (Pág. 47 – 48 arch. 01 C01), quienes dieron respuesta en término oportuno.

Colpensiones presentó oposición a lo pretendido. En su defensa propuso como excepciones de mérito las de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación, imposibilidad del traslado, *inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema*, el error de derecho no vicia el consentimiento, presunción de legalidad de los actos jurídicos, buena fe, prescripción, enriquecimiento sin justa causa (págs. 52-65 *idem*).

Porvenir SA se opuso a las pretensiones y para ello, formuló como excepciones las de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. (págs. 127-146 *idem*).

La **Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado**, a pesar de haber sido legalmente notificada guardó silencio.

Mediante auto del 28 de febrero de 2022, se dispuso la vinculación del Ministerio de Hacienda y Crédito Público – Oficina de Bonos Pensionales (arch. 13)

El **Ministerio de Hacienda y Crédito Público** se opuso a las pretensiones de la demanda y solicitó su desvinculación, por lo que propuso como excepciones de mérito las de falta de legitimación en la causa por pasiva, violación al principio constitucional de sostenibilidad financiera y el cumplimiento de la obligación a cargo del Ministerio, en atención a que la oficina de bonos pensionales cumplió con la obligación de liquidar el bono pensional a su cargo (arch. 16).

III.SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá DC, en audiencia celebrada el 30 de septiembre de 2022, profirió sentencia en la que declaró la ineficacia de la afiliación del demandante al RAIS a través de Porvenir SA el 9 de febrero de 2000 y declaró como afiliación válida la del RPMPD administrado por Colpensiones; en consecuencia, ordenó a Porvenir SA trasladar a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, tales como 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; ordenó a Colpensiones recibir al demandante como su afiliado, actualizar y corregir su historia laboral; absolvió a Colpensiones de las demás pretensiones y declaró probada de oficio la excepción de inexistencia de la obligación respecto del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Consideró que, conforme el criterio jurisprudencial actual, y lo dispuesto en el art. 97 del Decreto 663 de 1993, vigente al momento del traslado, la obligación de dar información necesaria hace referencia a la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, ventajas y desventajas, las consecuencias jurídicas del traslado, y comprende todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute; la carga de la prueba del cumplimiento del deber de información al momento del traslado recae sobre las administradoras de pensiones, la cual fue incumplida por cuanto no es suficiente el formulario de afiliación, que contiene la voluntad de afiliación pero no la información que se suministró sin que del interrogatorio de parte se dedujera alguna confesión al respecto.

Precisó que con la devolución de todos los valores recibidos en el régimen de ahorro individual, con rendimientos y gastos de administración descontados, no se afecta la sostenibilidad de financiera del derecho. Respecto a las decisiones de primera y segunda instancia, proferidas dentro del proceso 013 2016 00639 que se cursó ante el Juzgado 13 Laboral del Circuito de Bogotá, resaltó que el Tribunal Superior modificó la decisión, condicionando el reconocimiento de la pensión a la emisión, retención y pago del bono pensional, concluyendo que no habiéndose efectuado dicho trámite no se está ante una situación jurídica consolidada, por lo que el accionante ostenta la calidad de afiliado y no de pensionado.

Finalmente, adujo que no se reconocería la pensión de vejez deprecada, toda vez que acogiendo lo dispuesto por el Tribunal Superior de Bogotá, hasta tanto Colpensiones reciba la totalidad del dinero proveniente del régimen de ahorro individual y se corrija la historia laboral, no es posible conceder la pensión de vejez (arch. 22).

IV. RECURSO DE APELACIÓN

El **demandante** manifestó su inconformidad frente a la negativa del reconocimiento de la pensión de vejez, por considerar que el cálculo actuarial es válido desde el momento en que se causa el derecho y no desde que se consigna el dinero.

Porvenir expuso que si bien en el proceso judicial adelantado previamente por el demandante, el Tribunal condicionó el reconocimiento de la pensión de vejez a la emisión y pago del bono pensional, en ningún momento modificó la orden judicial, impartida a Porvenir SA de reconocer y pagar la pensión de vejez al demandante. Aunado a lo anterior, solicita se revoque la decisión de primer grado, bajo el entendido de que el traslado al régimen de ahorro individual es plenamente válido, toda vez que se realizó de manera libre, voluntaria e informada.

Colpensiones señaló que la decisión de primera instancia incurre en una causal de nulidad conforme a lo previsto por el artículo 133 del CGP y desconoce el principio de seguridad jurídica, toda vez que se desconoce la decisión ya

tomada por el Juez 13 Laboral del Circuito de Bogotá en relación con la pensión de vejez del demandante.

Señala también que el traslado resulta eficaz de acuerdo con el consentimiento vertido en el formulario de afiliación, y como consecuencia de ello, se debe revocar la sentencia para absolver a la entidad de todas las condenas impuestas, resaltando que no participó en el contrato celebrado entre el demandante y Porvenir SA, pero es la más afectada con la decisión. Expuso que aun cuando la Corte Suprema de Justicia, haya establecido que no se vulnera el principio de sostenibilidad financiera con este tipo de procesos, sí se sobrecarga al RPMPD con afiliados que no eran afiliados a ese régimen, siendo una carga adicional para Colpensiones (arch. 22).

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Recibidas las diligencias en esta Corporación, mediante auto del 16 de enero de 2023 se admitieron los recursos de apelación interpuestos en contra de la sentencia proferida el 30 de septiembre de 2022 por el Juzgado 21 Laboral del Circuito, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones; y, conforme con lo normado en el art. 13 de la Ley 2213 de 2022, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar (arch. 04 C02).

Presentaron alegaciones de instancia el apoderado del demandante y los apoderados de Colpensiones y Porvenir, reiterando los argumentos expuestos en al formular los recursos (archs. 06, 11 y 13 C02).

VI. ACLARACIÓN PREVIA

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

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

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

VII. CONSIDERACIONES

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

No fue objeto de discusión y se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** el demandante nació el 25 de febrero de 1952 (pág. 23 arch. 01 C01); **ii)** cotizó al extinto ISS entre el 21 de noviembre de 1973 y el 30 de junio de 2001 un total de 662 semanas (págs. 17-21, 162 -166, 192 – 195 arch. 01); **iii)** el 9 de febrero de 2000 se trasladó al RAIS administrado por la AFP Porvenir SA (pág. 147 arch. 01), administradora en la que actualmente se encuentra afiliado con un total de 30 semanas, conforme la historia laboral consolidada allegada al expediente (págs. 192 - 195 arch. 01).

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

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

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

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

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

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

La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de

las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Bajo tal premisa, frente al tema puntual de a quién le corresponde demostrarla, debe precisarse que si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se afilió,

ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca.

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

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

En esta providencia, también se dijo:

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

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

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

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

En el caso que ocupa la atención de esta Sala, previo a estudiar si se presenta o no la ineficacia del traslado de régimen pensional, es necesario verificar si como alegan Porvenir SA y Colpensiones, el señor Jorge Cortes Rojas ostenta o no la calidad de pensionado, esto en atención a lo dispuesto dentro del proceso 11001310501320160063900.

En tal sentido, se encuentra que mediante sentencia del 28 de mayo de 2019, proferida por el Juez 13 Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso adelantado por el aquí accionante en contra de Porvenir SA, se dispuso «*Condenar a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. a pagar al demandante Sr. Jorge Cortes rojas, la pensión de vejez a partir del 11 de noviembre de 2015 en la cuantía que corresponda, de acuerdo al capital acumulado y al contrato realizado (...)*» (Pág. 434, arch.01, subcarpeta 02 C01)»

La anterior decisión fue modificada en segunda instancia por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, mediante sentencia del 13 de febrero de 2020, en la que se resolvió: «**PRIMERO:** MODIFICAR el punto primero del fallo analizado, en el sentido de condenar a la demandada ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA a adelantar, previa aceptación de la historia laboral por parte del demandante, todos los trámites administrativos ante COLPENSIONES y la OFICINA DE BONOS PENSIONALES DEL MINISTERIO DE HACIENDA la emisión, redención y pago del bono pensional del actor. Igualmente, obtenida la emisión del bono pensional y previa radicación de la documentación completa deberá realizar las validaciones correspondientes a fin de determinar la prestación a la que tiene derecho el actor y procederá de ser el caso de manera inmediata a reconocer la pensión, cuyo pago de mesadas empezará a cancelar con el saldo existente en cuenta de ahorro individual.»

Así las cosas, se observa que tal como expuso la *a quo*, la decisión judicial emitida dentro del proceso 013 2016 00639 incluye un condicionamiento, toda vez que no se ordenó directamente el reconocimiento de la pensión de vejez, sino que conforme a la modificación efectuada en segunda instancia, se dispuso adelantar los trámites administrativos tendientes a obtener el pago del bono pensional, para luego sí determinar a qué prestación tiene derecho el demandante y así proceder con su reconocimiento.

Ahora bien, conforme a la documental allegada al proceso y según lo expuesto por el mismo demandante y por la demandada Porvenir SA, se encuentra que en el caso del señor Jorge Cortés Rojas no se ha concluido siquiera el trámite administrativo de emisión, redención y pago del bono pensional, habiéndose alcanzado únicamente la etapa de liquidación provisional, en la que no existe una situación jurídica consolidada debido a que requiere de la previa aceptación del beneficiario para que se proceda con la emisión del bono

pensional, tal como señaló el Ministerio de Hacienda y Crédito Público en la contestación a la demanda y como se prevé en el artículo 2.2.16.7.8 del Decreto 1833 de 2016.

En consecuencia, encuentra la Sala que el demandante no ostenta la calidad de pensionado del Régimen de Ahorro Individual, por lo que a la fecha solo puede ser considerado como afiliado del mismo. Al efecto, es oportuno recordar lo expuesto por la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1309-2021, en la que señaló:

«Sobre este aspecto, se ha sostenido por parte de esta Sala, que para adquirir la connotación de pensionado se requiere que el asegurado haya cumplido con los requisitos que la ley establece; así para las prestaciones de prima media lo son: i) la densidad de semanas o tiempo de servicios que la normativa que rija la pensión deprecada exija, y ii) el arribo a la edad que en ella se establezca; por su parte, en el régimen de ahorro individual, conforme a lo dispuesto en el artículo 64 de la Ley 100 de 1993, los afiliados no requieren el haber cumplido un determinado número de años de vida, sino el acreditar que «el capital acumulado en su cuenta de ahorro individual les permita obtener una pensión mensual, superior al 110% del salario mínimo legal mensual vigente a la fecha de expedición de esta ley, reajustado anualmente según la variación porcentual del índice de precios al consumidor certificado por el DANE.

(...)

No puede perderse de vista que el artículo 2 del Decreto 1889/94, compilado por el canon 2.2.6.1.1. del Decreto Único Reglamentario 1833/16, establece que las pensiones de vejez, invalidez o sobrevivencia en el régimen de ahorro individual con solidaridad «podrán revestir cualquiera de las modalidades contempladas en el artículo 79 de la Ley 100 de 1993, a opción del afiliado o sus beneficiarios, según el caso», de donde se infiere que para adquirir el status de pensionado al que hace referencia el precepto 64 de la Ley 100/93, debe el afiliado seleccionar la modalidad pensional, aspecto que hace parte de los trámites previos para el otorgamiento de la pensión; es decir, que esta se materializa con la escogencia de determinada modalidad, y por lo mismo no se puede desligar.

Con todo, aun si se aceptara en gracia de discusión que el asegurado seleccionó el modelo de retiro programado, lo que se insiste, no está plenamente demostrado en el informativo, debe precisarse que esa escogencia tampoco conduce a sostener ni entender que se materializó por cuanto el afiliado no suscribió el contrato de retiro programado, trámite que necesariamente debía efectuarse de manera previa para poder considerar la aceptación del demandante de tal modalidad pensional, en tanto que es en ese documento contractual donde se dan a conocer y se acuerdan las cláusulas que regirán aquella modalidad de pensión, como lo son los beneficios ofrecidos, los riesgos asumidos por el asegurado, las obligaciones de las partes, etc. En esa medida, la inexistencia u omisión de haberse surtido o llevado a cabo dicho trámite preparatorio para obtener la prestación deprecada, conduce igualmente a sostener que el demandante no había adquirido la calidad de pensionado; es decir, este no tiene una situación jurídica consolidada, plenamente definida ni consumada que tuviese que retrotraerse (CSJ SL373-2021), de tal suerte que su status sin lugar a dudas sigue siendo el de un simple afiliado al sistema pensional».

Verificado el carácter de afiliado del demandante, precisa la Sala que se vinculó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP

Porvenir SA, el 9 de febrero de 2000, AFP a la que se encuentra actualmente afiliado, y si bien en el formulario de vinculación n.º 140566159 (págs. 73, 74 arch. 1, págs. 34, 35, 73, 74 arch. 4 C01) se hace referencia expresa a que la decisión se adoptó de manera libre, espontánea y sin presiones, conforme al mandato del art. 114 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con lo previsto en el art. 11 del Decreto 692 de 1994, no acredita que en efecto se le haya suministrado la información oportuna, suficiente y veraz, en los términos dispuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

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

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

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

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

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

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

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

De otro lado, ha dicho la Sala que como la declaratoria de ineficacia tiene efectos *ex tunc* (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido. Por ello, en tratándose de *afiliados*, la Sala ha adoctrinado que tal declaratoria obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos ... media con prestación definida administrado por Colpensiones; criterio que resulta igualmente aplicable respecto del porcentaje destinado a

constituir el fondo de garantía de pensión mínima.

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de la AFP Porvenir que hubiere suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración del acto jurídico de traslado de régimen, para establecer la existencia de un consentimiento informado por parte del afiliado para esa época, tal como lo concluyó la *a quo*, la sanción jurídica a ese incumplimiento, es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico de la afiliación al régimen de ahorro individual, así como del traslado posterior verificado, por lo que se **confirmará** la decisión de declarar la **INEFICACIA DEL TRASLADO** de régimen pensional realizado por el demandante el 9 de febrero de 2000 con su afiliación a la AFP Porvenir SA (págs. 147 arch. 01).

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

En lo que tiene que ver con la **pensión de vejez**, ha de indicar la Sala que teniendo en cuenta los efectos de la ineficacia del traslado de régimen pensional establecidos previamente, es necesario determinar si le asiste o no el derecho al reconocimiento de la pensión de vejez en el régimen de prima media, como afirma el accionante.

En tal sentido, observa la Sala que el señor Jorge Cortés Rojas ostentaba la calidad de beneficiario del régimen de transición, puesto que a 1º de abril de

1994 contaba con 42 años de edad, dado que nació el 25 de febrero de 1952, acorde con lo dispuesto en el art. 36 de la Ley 100 de 1993; empero, cumplió los 60 años de edad el mismo día y mes del año 2012, razón por la cual, para hacerle extensivas tales prerrogativas, conforme a las previsiones del Acto Legislativo 01 de 2005, parágrafo transitorio 4º, requería contar con 750 semanas cotizadas para fecha de su entrada en vigencia, esto es, para el 29 de julio de 2005, requisito que no cumple el actor, puesto que conforme a la última historia laboral emitida y allegada, cuenta con un total de 725 semanas cotizadas a esa fecha, y en consecuencia, los beneficios del régimen de transición expiraron en su caso el 31 de julio de 2010 (Págs. 192 a 195 arch. 01 C01)

Al efecto, es preciso indicar que al expediente se allegaron dos historias laborales emitidas por Porvenir SA, la primera del 12 de abril de 2016, da cuenta de que el accionante cotizó 607 semanas en el régimen de prima media, 8 semanas en Porvenir SA y 55 semanas en otras administradoras (Colpensiones), lo que arroja un total de *670 semanas cotizadas* (Págs. 18-20 arch. 01 C01); la segunda, expedida el 3 de julio de 2020, da cuenta de que el accionante cotizó 662 semanas en el régimen de prima media, 30 semanas en Porvenir SA y 33 semanas en otras administradoras (Colpensiones), lo que arroja un total de *725 semanas cotizadas* (Págs. 191-194 arch. 01 C01).

Cabe resaltar que conforme a dichas historias laborales allegadas por la parte demandante y demandada respectivamente, el señor Jorge Cortes Rojas estando afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad, en Porvenir SA, *no efectuó ninguna cotización con posterioridad al mes de junio de 2001.*

Así mismo, consultado el expediente digital 11001310501320160063900 remitido por el Juzgado 13 Laboral del Circuito de Bogotá, se observa que la historia laboral aportada a dicho proceso por el demandante es la misma allegada al presente trámite, que da cuenta de un total de 670 semanas de cotización (Págs. 14 -18, arch. 01 subcarpeta 02 C01).

En el mismo sentido, contrastados los periodos de cotización incluidos en las historias laborales consolidadas, previamente mencionadas, con la historia laboral emitida por Colpensiones (arch. 15 subcarpeta 04 C01) y con el reporte emitido por la Oficina de Liquidación de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda (Págs. 7 - 10, arch. 07 C01), *encuentra la Sala que el total de semanas cotizadas por el accionante asciende a la suma 715.29, sin que se efectuaran*

cotizaciones con posterioridad al mes de junio de 2001, y que en todo caso, el demandante no reúne la densidad de semanas requeridas para que le sean extendidos los beneficios del régimen de transición, más allá del 31 de julio de 2010.

Al respecto, resta indicar que si bien en el documento emitido por Porvenir SA el 9 de enero de 2020, denominado *Relación Histórica de Movimientos Porvenir* (Págs. 152-161, arch. 01 C01), se incluye una relación de movimientos efectuados en los periodos comprendidos entre el mes de septiembre del año 2000 y el mes de septiembre de 2019, dichos periodos no pueden ser computados como tiempo de cotización, toda vez que en los mismos no se efectuaron aportes obligatorios.

Igualmente, es oportuno indicar que aunque en dichos periodos se incluye la expresión «*Comisión Cesante*» en la columna correspondiente a la razón social, no es posible entender que dichas cotizaciones se efectuaron dentro de mecanismo de protección al cesante, puesto que el mismo tiene una duración máxima de 6 meses y en desarrollo de su amparo sí se efectúan aportes obligatorios teniendo como base de cotización el salario mínimo, aportes que como se indicó previamente no fueron efectuados en el presente caso.

Así las cosas, las 715.29 semanas de cotización con las que cuenta el demandante no le permiten beneficiarse del régimen de transición, ni causan el derecho a la pensión de vejez, en los términos previstos por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, por cuanto dicha norma exigía para el año 2012, año en que el demandante cumplió los 60 años de edad, haber cotizado un total de 1225 semanas y actualmente, requiere contar con 1300 semanas de cotización.

En atención a lo expuesto, la Sala confirmará la decisión de primera instancia, en cuanto a declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por el señor JORGE CORTÉS ROJAS al régimen de ahorro individual con solidaridad el 9 de febrero del año 2000, con las consecuencias previstas en dicha decisión, y respecto a negar la pensión de vejez solicitada por el accionante, en razón a las consideraciones aquí expuestas.

Sin costas en la alzada, ante su no causación.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 30 de septiembre de 2022, por el Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá DC, acorde con la motivación expuesta.

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada ponente

(En uso de permiso)

MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado

(*) Hipervínculo de consulta de expediente digitalizado:

https://etbcsj-my.sharepoint.com/:f/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/ErLECjyQZmFGrq8h5vSJhawBGob0F01xNx9SFGxrYodEDg?e=1FKUlw

Firmado Por:

Luz Patricia Quintero Calle

Magistrada

Sala Laboral

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

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

Código de verificación: **dbcc05b6d9f28b81c278ad4915bd99c8481e0b3e08cb71b1f99d03113ee7d04d**

Documento generado en 04/07/2023 12:40:47 PM

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

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



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

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada Ponente

REFERENCIA:	PROCESO ORDINARIO LABORAL - SENTENCIA
RADICACIÓN.	11001 31 05 024 2020 00477 01
DEMANDANTE:	SANDRA PATRICIA MORENO RODRÍGUEZ
DEMANDADAS:	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, COLFONDOS SA PENSIONES Y CESANTÍAS y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN SA

Bogotá DC, veintinueve (29) de junio de dos mil veintitrés (2023).

En la fecha, en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 13 de la Ley 2213 de 2022, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados MILLER ESQUIVEL GAITÁN, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por Colpensiones y surtir el grado jurisdiccional de consulta en su favor, respecto de la sentencia proferida el 4 de octubre de 2022, por el Juzgado 24 Laboral del Circuito de Bogotá DC.

I. ANTECEDENTES

Pretende la demandante que se declare la nulidad por ineficacia de la afiliación y del traslado al RAIS ante la omisión de Colfondos SA de cumplir el deber profesional de información; en consecuencia, se ordene el traslado y afiliación a Colpensiones, como si nunca se hubiera trasladado; se ordene a Protección SA la devolución a Colpensiones de todos los dineros que recibió con motivo de su afiliación, tales como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, gastos de administración, debiendo asumir de su propio patrimonio la disminución del capital de financiación de la pensión por el pago de las mesadas o por los gastos de administración o cualquier otro que se hubiere generado en aplicación del art. 963 del CC; se ordene a Protección SA que en

caso de haberle otorgado previamente la pensión, siga pagando la misma hasta tanto sean trasladados los mencionados recursos a Colpensiones para financiar la deuda pensional y sea incluida en nómina de pensionados de Colpensiones, con el fin de que no quede desprotegida de su derecho pensional (pág. 9 arch. 1 C01).

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que se afilió al sistema general de pensiones desde el 3 de noviembre de 1989; se trasladó al RAIS administrado por Colfondos SA el 14 de febrero de 1995 como consecuencia de la publicidad engañosa y gestión realizada por los fondos privados de pensiones, pero el representante solo se limitó a diligenciar un formato preestablecido sin brindarle una información objetivamente verificable, completa, veraz, adecuada, suficiente y cierta respecto de las prestaciones económicas, beneficios y desventajas de ambos regímenes pensionales ni de las consecuencias del traslado, tampoco le fue entregada alguna proyección o comparativo de los valores con los cuales podría adquirir su derecho pensional en ambos regímenes, ni se le informó acerca de cuáles eran los requisitos que debía reunir para adquirir tal derecho, y no fue informada acerca de su derecho de retracto. Posteriormente se trasladó a Protección SA AFP a la cual se encuentra afiliada actualmente. Solicitó tanto a Colfondos SA y Protección SA como a Colpensiones entre otras cosas, la anulación de su traslado, lo cual fue negado; efectuó un estudio comparativo de lo que podría ser su mesada pensional, y encontró que en el RAIS recibiría \$2.126.682, mientras que en el RPMPD su mesada sería de \$5.397.114 (págs. 5-9 *idem*).

II. TRÁMITE PROCESAL

La demanda se admitió el 15 de abril de 2021, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas (arch. 2 C01), quienes dieron respuesta en término oportuno.

Protección SA se opuso a las pretensiones y para ello, formuló como excepciones las denominadas inexistencia de la obligación, falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, validez y eficacia del traslado entre AFP del RAIS, traslado y movilidad dentro del RAIS a través de diferentes AFP convalida la voluntad de estar afiliado a dicho régimen, imposibilidad de retorno al RPM para la fecha de afiliación a Protección SA, 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 o la prima del seguro previsional cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe (págs. 3-26 archs. 4, 10 C01).

Colfondos SA se opuso a las pretensiones y para ello, formuló como excepciones las denominadas inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al RAIS, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos SA, prescripción, compensación y pago (págs. 4-19 archs. 5, 10 C01).

Colpensiones presentó oposición a lo pretendido. En su defensa propuso como excepciones de mérito las de inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad *sui generis* de las entidades de la seguridad social, 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, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado y prescripción, (págs. 3-41 archs. 6, 10 *idem*).

La **Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado**, a pesar de haber sido legalmente notificada guardó silencio (arch. 7 *idem*).

III.SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 24 Laboral del Circuito de Bogotá DC, en audiencia celebrada el 4 de octubre de 2022, profirió sentencia en la que declaró la ineficacia de la afiliación de la demandante al RAIS a través de Colfondos SA, el 14 de febrero de 1995 y que para todos los efectos legales siempre estuvo en el RPMPD; en consecuencia, ordenó a Protección SA trasladar a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, tales como cotizaciones, bonos pensionales, frutos e intereses conforme el art. 1746 del CC, rendimientos financieros, aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, comisiones, gastos de administración debidamente indexados y con cargo a sus propias utilidades; ordenó a Colfondos SA trasladar a Colpensiones lo que haya deducido por concepto de gastos de administración debidamente indexados, de

los aportes efectuados por la demandante; ordenó a Colpensiones a recibir a la demandante como su afiliada, actualizar y corregir su historia laboral una vez sean trasladados los dineros por parte de Protección SA y de Colfondos SA; declaró no probadas las excepciones propuestas y se abstuvo de imponer costas a cargo de las partes.

Consideró que conforme el criterio jurisprudencial actual, y los dispuesto en el art. 97 del Decreto 663 de 1993, vigente al momento del traslado, la obligación de dar información necesaria hace referencia a la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, ventajas y desventajas, las consecuencias jurídicas del traslado, y comprende todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible; la carga de la prueba del cumplimiento del deber de información al momento del traslado recae sobre las administradoras de pensiones, la cual fue incumplida por cuanto no es suficiente el formulario de afiliación, que contiene la voluntad de afiliación pero no la información que se suministró sin que del interrogatorio de parte se dedujera alguna confesión al respecto.

Precisó que con la devolución de todos los valores recibidos en el régimen de ahorro individual, con rendimientos y gastos de administración descontados, no se afecta la sostenibilidad de financiera del derecho; y que la seguridad social es un derecho imprescriptible, por lo que también lo es la acción con la que se pretenda la ineficacia de la afiliación y sus consecuencias (archs. 16 C01, 16 C02).

IV.RECURSO DE APELACIÓN

Colpensiones señaló que la demandante tenía una carga mínima procesal que era probar los hechos que sustentan sus pretensiones, sin que haya cumplido con ello para verificar que existió una omisión en la información o una falta de información por parte de los fondos privados, por ende, el traslado resulta eficaz y como consecuencia de ello se debe revocar la sentencia para absolver a la entidad de todas las condenas impuestas, máxime que aun cuando la Corte Suprema de Justicia, haya establecido que no se vulnera el principio de sostenibilidad financiera con este tipo de procesos, sí se sobrecarga al RPMPD

con afiliados que no eran naturales es decir, que no eran afiliados a ese régimen, siendo una carga adicional para Colpensiones.

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Recibidas las diligencias en esta Corporación, mediante auto del 16 de enero de 2023 se admitió el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones; y, conforme con lo normado en el art. 13 de la Ley 2213 de 2022, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar (arch. 04 C02), empero solo la demandante presentó alegaciones de instancia reiterando los argumentos expuestos en la demanda (archs. 5-7 C02).

VI. ACLARACIÓN PREVIA

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

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

referido exhorto, que fue varias veces reiterado, se acata el criterio del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral.

VII. CONSIDERACIONES

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

No fue objeto de discusión y se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** la demandante nació el 21 de enero de 1968 (pág. 99 arch. 1, págs. 47, 48 arch. 6 C01); **ii)** cotizó al extinto ISS entre el 3 de noviembre de 1989 y el 31 de diciembre de 1994 un total de 254,43 semanas (págs. 55-57, 75, 76 arch. 1, págs. 38, 39, 75, 76 arch. 4, págs. 111-113, 494-496 arch. 6); **iii)** el 14 de febrero de 1995 se trasladó al RAIS administrado por la AFP Colfondos SA, efectiva a partir del 1º de marzo del mismo año (págs. 59, 96 arch. 1, pág. 36 arch. 4); **iv)** desde el 26 de enero y con efectividad a partir del 1º de marzo de 2015 se afilió a Protección SA (págs. 59, 69, 73, 74 arch. 1, págs. 34-36, 73, 74 arch. 4), administradora en la que actualmente se encuentra afiliada con un total de 1491.85 semanas, conforme las historias laborales consolidadas y la certificación expedidas por esa AFP el 13 de agosto de 2019, el 24 de enero y el 3 de febrero de 2022 (págs. 77-90 arch. 1, págs. 40-68, 78-91 arch. 4 C01).

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

El art. 13 de la Ley 100 de 1993, en su lit. b) estableció que la selección de uno cualquiera de los regímenes del sistema general de pensiones, será libre y

voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado.

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

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

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

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

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

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

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

Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen

consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(…) no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada – cuando no imposible – o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este

caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarse el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.”

En esta providencia, también se dijo:

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

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

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

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

En el caso que ocupa la atención de esta Sala, la demandante se vinculó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP **Colfondos SA**, el 14 de febrero de 1995, luego el 21 de enero de 2015 se trasladó a la AFP **Protección SA**, AFP a la que se encuentra actualmente afiliada, y si bien en el formulario de vinculación n.º 140566159 (págs. 73, 74 arch. 1, págs. 34, 35, 73, 74 arch. 4 C01) se hace referencia expresa a que la decisión se adoptó de manera libre, espontánea y sin presiones, conforme al mandato del art. 114 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con lo previsto en el art. 11 del Decreto 692 de 1994, no acredita que en efecto se le haya suministrado la información oportuna, suficiente y veraz, en los términos dispuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de la AFP Colfondos que hubiere suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración del acto jurídico de traslado de régimen, para establecer la existencia de un consentimiento informado por parte de la afiliada para esa época, tal como lo concluyó la *a quo*, la sanción jurídica a ese incumplimiento, es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico de la afiliación al régimen de ahorro individual, así como del traslado posterior verificado, por lo que se **confirmará** la decisión de declarar la **INEFICACIA DEL TRASLADO** de régimen pensional realizado por la demandante el 14 de febrero de 1995 con su afiliación a la AFP Colfondos SA, efectiva a partir del 1º de marzo de esa anualidad (págs. 59, 96 arch. 1, pág. 36 arch. 4 C01).

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

Por lo expuesto, se **adicionarán** los numerales **tercero** y **cuarto** de la sentencia apelada y consultada, para ordenar que tanto la AFP Colfondos SA como la AFP Protección SA, efectúen la devolución de la totalidad de las primas de seguros previsionales, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, gastos de administración y las comisiones, todos estos valores

debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, con la discriminación y detalle de los valores a devolver.

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

Sin costas en la alzada, ante su no causación.

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR los numerales **tercero** y **cuarto** de la sentencia proferida el 4 de octubre de 2022, por el Juzgado 24 Laboral del Circuito de Bogotá DC, en cuanto a que tanto **Colfondos SA Pensiones y Cesantías SA**, como la **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección SA**, deberán devolver también, con destino a Colpensiones y con ocasión de la vinculación de la demandante, las primas de seguros previsionales, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, los gastos de administración y las comisiones, todos estos conceptos debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, discriminando la totalidad de los conceptos objeto de devolución, con sus respectivos valores y con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC y aportes pagados, según lo expuesto en las consideraciones de esta decisión.

¹ CSJ SL1688-2019.

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

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada ponente

(En uso de permiso)
MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado


MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado

(*) Hipervínculo de consulta de expediente digitalizado:

<https://etbcsj->

my.sharepoint.com/:f:/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/EiSbrKb-IUpJocDzFZIYoJABqBMIR34IcGTetnIHRMZrBA?e=pOUURg

Firmado Por:

Luz Patricia Quintero Calle

Magistrada

Sala Laboral

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

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

Código de verificación: **2bcf4e158c6f92dae6fed82295b32983ac430956166c2ff6d8ae2e6ac5cacffa**

Documento generado en 04/07/2023 12:40:48 PM

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

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



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

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada Ponente

REFERENCIA:	PROCESO ORDINARIO LABORAL - SENTENCIA
RADICACIÓN.	11001 31 05 030 2020 00090 01
DEMANDANTE:	MARÍA PILAR VALDÉS ORTEGÓN
DEMANDADAS:	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA

Bogotá DC, veintinueve (29) de junio de dos mil veintitrés (2023).

En la fecha, en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 13 de la Ley 2213 de 2022, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados MILLER ESQUIVEL GAITÁN, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, respecto de la sentencia proferida el 13 de junio de 2022, por el Juzgado 30 Laboral del Circuito de Bogotá DC.

I. ANTECEDENTES

Pretende la demandante que se declare la nulidad por ineficacia de la afiliación y el traslado de régimen realizado a Porvenir SA, ante la omisión en el deber de información, engaño, error y asalto de su buena fe, por tanto su afiliación al RMPD permaneció incólume, sin solución de continuidad y surte efectos legales como si nunca se hubiere trasladado; en consecuencia se ordene a Porvenir SA trasladar a Colpensiones los aportes, rendimientos, bono pensional, semanas de cotización trasladadas al momento del traslado del régimen, así como los demás dineros aportados durante todo el tiempo en que ha estado afiliada al RAIS (págs. 24-26 arch. 1, págs. 2, 3 arch. 2 C01).

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que en abril de 1988 se afilió al extinto ISS; en abril de 1999 la AFP Colpatria SA no tenía ningún vínculo comercial en el régimen pensional con Porvenir SA, competía con esta en el mercado de las pensiones y las cesantías, fue objeto de fusión con la AFP Horizonte SA en septiembre de 2010, la cual a su vez se fusionó con Porvenir SA en enero de 2014, por ende todos los clientes de ambas empresas fueron trasladados automáticamente y asumidos por Porvenir SA, de ahí que esta última AFP no haya tenido incidencia directa o indirecta en el traslado al RAIS que efectuó en abril de 1999 cuando prestaba servicios como Jefe de Enfermería en Oncología para la Fundación Cardio Infantil, en donde la visitó el asesor comercial de Colpatria SA para tal efecto; sin embargo, dicho asesor no contaba con el título ni formación profesional en el régimen general de seguridad social en pensiones, y por ello, no conocía las particularidades del RAIS y del RPMPD, como tampoco conoció su situación real pensional.

Adujo que el asesor no le informó ningún aspecto propio de su afiliación, de su futuro pensional, ni que su pensión no superaría el 25% del IBC o que debía acumular el equivalente al 110% del SMLMV para poder obtener una pensión mínima o cómo pensionarse en el RPMPD y en el RAIS; no le informó acerca de las características de los regímenes pensionales, ni los riesgos o ventajas de trasladarse al RAIS, solo le informó que el ISS se iba a volver un sistema inviable económicamente; por ende, sin recibir la información técnica suficiente, transparente, equitativa y adecuada, con móviles erróneos, firmó el formulario de vinculación a Colpatria SA, siendo inducida a renunciar a su derecho de tener una mejor pensión en el RPMPD; en ese año 1999, 1 SMLMV equivalía a \$236.460, mientras que ella devengaba \$1.132.000.

Relató que en enero de 2020 Porvenir SA le certificó que tenía un capital acumulado de \$257.393.551 incluido el bono pensional, inferior al exigido para obtener una pensión mínima; el 13 de diciembre de 2019 agotó la reclamación administrativa, pero Colpensiones respondió negativamente el día 16 de los mismos mes y año; aquel día también solicitó a Porvenir SA le fuera entregados los soportes, proyección y asesoría que se surtieron para persuadirla de trasladarse al RAIS, empero dicha AFP afirmó que toda la asesoría dada, se ofreció de manera verbal y que no existe ningún documento que acredite la asesoría brindada por el vendedor del fondo y negó la petición de traslado de régimen de pensiones (págs. 26-36 arch. 1, págs. 3-7 arch. 2 *idem*).

II. TRÁMITE PROCESAL

Previo subsanación, la demanda se admitió mediante auto del 23 de febrero de 2021 y se ordenó la notificación y traslado a las demandadas (arch. 3 C01) quienes dieron respuesta en término oportuno.

Colpensiones se opuso a todas y cada una de las pretensiones; propuso excepciones de mérito que denominó hecho de la víctima o del afiliado, perfeccionamiento del acto inexistente, saneamiento de la nulidad, protección de la sostenibilidad fiscal y el equilibrio financiero, inexistencia del derecho, pago de lo no debido, prescripción y caducidad, y buena fe (págs. 2-17 archs. 5, 9 *ídem*).

Porvenir se opuso a todas y cada una de las pretensiones; formuló las excepciones de mérito de prescripción, compensación, inexistencia de la obligación y buena fe (págs. 2-51 archs. 7, 9 *ídem*).

La **Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado**, a pesar de haber sido legalmente notificada guardó silencio (arch. 4 *ídem*).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 30 Laboral del Circuito de Bogotá DC, en audiencia celebrada el 13 de junio de 2022, profirió sentencia en la que declaró la ineficacia del traslado de la demandante al RAIS a través de Colpatria SA el 19 de abril de 1998 [sic] con efectividad a partir del 1º de junio de 1999, por ende, se encuentra válidamente vinculada en el RPMPD; en consecuencia, condenó a Porvenir SA a devolver a Colpensiones todos los valores de la cuenta de ahorro individual de la actora, junto a sus rendimientos y los costos cobrados por concepto de administración durante todo el tiempo que ha permanecido en dicho fondo, es decir, desde que cobro efectividad el 1º de junio de 1999 hasta que se haga efectivo el traslado, con la advertencia de que los costos cobrados por concepto de administración deben ser devueltos del patrimonio del fondo demandado, debidamente indexados; ordenó a Colpensiones recibir tales valores y actualizar la historia laboral de la demandante, para garantizar su derecho pensional bajo las normas que regulan en RPMPD; declaró no probadas las excepciones propuestas e impuso costas a cargo Porvenir SA.

De conformidad con la carga dinámica de la prueba enfatizada por la jurisprudencia laboral, encontró evidente el engaño al que fue sometida la demandante por parte de fondo privado de pensiones, al inducirla a aceptar el traslado y no darle una información clara, veraz, completa, con proyección pensional, autónoma, consciente y objetivamente verificable, sin que la información que se registra en el formulario de afiliación a Colpatria sea suficiente, como se ha establecido jurisprudencialmente, aunado a que no tiene anexo alguno, no se acreditó que se le hubiera informado que podía trasladarse posteriormente una vez cumplidos 5 años luego de haberse trasladado, dentro del año de gracia contemplado en la Ley 797 de 2003 o antes de que le faltaran 10 años para cumplir la edad de pensionarse, por ende, es viable declarar la ineficacia pues se trata de una especial que opera de pleno derecho, como consecuencia jurídica a la deficiencia de una determinada condición, de ahí que un acto jurídico, en este caso el de afiliación, no produce efectos cuando no se cumple con la condición de ser libre y voluntaria. Finalmente, expuso que, la acción para obtener la nulidad de traslado de régimen no está sujeta al término de prescripción de 3 años, sino que es imprescriptible en una interpretación que hizo de la sentencia CC C-198-1999 (archs. 13, 14 C01).

IV.RECURSOS DE APELACIÓN

Porvenir SA argumentó que la demandante en su interrogatorio de parte confesó que sí conocía las características del RAIS y que se le informó acerca de la posibilidad de obtener una mayor pensión que en el RPMPD y de forma anticipada, de la posibilidad de obtener la devolución de saldos en caso de no lograr completar los requisitos para pensionarse, de poder obtener rendimientos financieros y de tener una cuenta de ahorro individual a su nombre en Porvenir SA, razón por la cual se puede evidenciar que su visión estuvo precedida de una adecuada información y que como consecuencia de ello, su traslado es válido y eficaz, aunado a que la demandante no puede manifestar que la eventual mesada pensional que le ofrecería Porvenir SA no satisface sus expectativas pensionales o que desconoce las características y condiciones propias de los regímenes pensionales y alegar su propia culpa o negligencia en su favor, pues aun cuando la relación que la unió con Porvenir SA es un contrato de afiliación que se suscribe para la administración de los recursos de la mencionada cuenta de ahorro, las condiciones propias de ese contrato y la forma de reconocimiento de las prestaciones, están expresamente establecidas en la ley sin que le sea viable

a Porvenir modificarlas en forma unilateral; por ende, su afiliación se tornó en libre y voluntaria, dado que la ignorancia de la ley no sirve de excusa.

Indicó que en caso de confirmarse la decisión, debe ser exonerada del pago de las comisiones y gastos de administración en forma indexada porque esos descuentos se hicieron bajo el imperio de la normativa vigente, aunado a que Porvenir SA realizó una excelente gestión consistente en incrementar el saldo de la cuenta de ahorro individual de la demandante, generando rendimientos financieros incluso por encima del mínimo establecido por la Superintendencia Financiera de Colombia, por ende, de aceptar tal aspecto implicaría un enriquecimiento sin causa, máxime cuando si la demandante hubiera permanecido en el RPMPD se le habrían generado descuentos del 3% de la cotización destinada a financiar la comisión de administración, pensión de invalidez y de sobrevivientes, en todo caso, tales sumas en ningún momento están destinadas a financiar la pensión de la demandante. Agregó que cualquier eventual pérdida en el poder adquisitivo de la moneda se cubrió con los rendimientos financieros que se generaron con creces e incluso con el doble del capital ahorrado. Finalmente consideró que la suma impuesta como costas procesales resulta desproporcionada y no tuvo en cuenta las tasas establecidas por el Consejo Superior de la Judicatura ni las condiciones propias del proceso

Colpensiones adujo que los vicios en el consentimiento y la falta de información durante la afiliación en el RAIS y buen consejo en que incurren los fondos privados de pensiones, debido a la falta de exposición de las ventajas y desventajas de ambos regímenes pensionales, ocasiona un grave daño a la entidad como tercero de buena fe en el trámite del traslado y a los derechos de compensación, debido a los miles de sentencias condenatorias en su contra por el mismo tema frente a un hecho que no cometió, debiendo asumir la prestación pensional luego de recibir los aportes que se encontraban en las cuentas de ahorro individual y afiliarse a los demandantes.

En consecuencia, solicita que se modifique la condena en el sentido de que Porvenir SA por excepción a la norma, debe asumir y tratar a la demandante conforme las reglas del régimen de prima media con prestación definida, incluyendo el reconocimiento de su pensión, con el fin de proteger efectivamente los dineros de la bolsa común que administra Colpensiones respecto de sus afiliados, pues el eventual derecho a la pensión de vejez que deba reconocer la entidad, no está sustentado en las cotizaciones periódicas que hubiere efectuado

la demandante, afectando el sistema piramidal de las pensiones que otorga Colpensiones, pues los gastos de administración no suplen el hueco financiero y los valores destinados a seguros previsionales y fondo de Garantía de pensión mínima y fondo de solidaridad pensional generalmente quedan en el aire, sin existir garantía para Colpensiones de recuperar esos valores e influyen considerablemente en el capital ahorrado de la demandante. De igual forma pretende la adición la sentencia en el sentido de indicar que puede obtener el pago de los perjuicios a cargo del fondo privado, que pueda sufrir en el momento en que deba asumir la obligación pensional de la demandante con las reservas dispuestas para tal efecto.

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Recibidas las diligencias en esta Corporación, mediante auto del 16 de enero de 2023 se admitieron los recursos impetrados así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones; y, conforme a lo normado en el art. 13 de la Ley 2213 de 2022, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar (arch. 4 C02), quienes presentaron alegaciones de instancia reiterando los argumentos expuestos en su demanda, las contestaciones y los recursos (archs. 5-11 C02).

VI. ACLARACIÓN PREVIA

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

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

VII. CONSIDERACIONES

Cumplidos los trámites de segunda instancia, sin causal de nulidad que invalide lo actuado, esta Colegiatura procede a resolver las apelaciones y a surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, y de conformidad con lo previsto en los arts. 66A y 69 del CPTSS, el problema jurídico a resolver consiste en verificar si el traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, surtió plenos efectos jurídicos, o si por el contrario, fue ineficaz por falta de información suficiente por parte de la administradora del RAIS, que le permitiera contar con un consentimiento informado en la celebración del acto jurídico; y en tal caso, cuáles son las consecuencias jurídicas de tal declaratoria. Finalmente se verificará lo atinente a los perjuicios reclamados por Colpensiones y si es posible modificar el monto de las costas impuestas a Porvenir SA

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** la demandante nació el 26 de noviembre de 1962 y se afilió al extinto ISS donde efectuó cotizaciones entre el 5 de abril de 1988 y el 31 de mayo de 1999 para un total de 373.86 semanas (arch. 6); **ii)** el 19 de abril de 1999 se trasladó al RAIS administrado por Colpatria SA con fecha de efectividad desde el 1º de junio de esa anualidad (págs. 10-13 arch. 1, págs. 85, 86 arch. 7); **iii)** el 4 de mayo de 2000 se trasladó a Porvenir SA, con efectividad desde el 1º de julio siguiente (págs. 85, 87 arch. 7) administradora a la que actualmente se encuentra afiliada con un total de 1491 semanas cotizadas conforme las historias laborales consolidadas y la

certificación emitidas por la mencionada AFP el 27 de enero de 2020 y el 17 de marzo de 2021 (págs. 14-21 arch. 1, págs. 88-128 arch. 7 C01)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En esta providencia, también se dijo:

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

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

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

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

En el caso que ocupa la atención de esta Sala, la demandante quedó vinculada al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por **Colpatria SA** el 19 de abril de 1999 y luego el 4 de mayo de 2000 a **Porvenir SA**,

y si bien en los formularios de vinculación n.º 0180946 y 01367864 que suscribió (pág. 13 arch. 1, págs. 86, 87 arch. 7 C01) se hace referencia expresa a que la decisión se adoptó de manera libre, espontánea y sin presiones, conforme al mandato del art. 114 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con lo previsto en el art. 11 del Decreto 692 de 1994, esa sola afirmación, no acredita que en efecto se le haya suministrado la información oportuna, suficiente y veraz, en los términos dispuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de la AFP Colpatria hoy Porvenir SA, que hubiera suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración del acto jurídico de traslado de régimen, para establecer la existencia de un consentimiento informado por parte de la afiliada para esa época, tal como lo concluyó el *a quo*, la sanción jurídica a ese incumplimiento, es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico de la afiliación al régimen de ahorro individual, así como del traslado posterior verificado, por lo que se **confirmará** la decisión de declarar la **INEFICACIA DEL TRASLADO** de régimen pensional realizado por la demandante el 19 de abril de 1999 con su afiliación a la AFP Colpatria, hoy Porvenir, efectiva desde el 1º de junio de dicha anualidad (págs. 10-13 arch. 1, págs. 85, 86 arch. 7 C01).

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

General de Seguridad Social, y resultan necesarios para la financiación de las prestaciones económicas que correspondan en el régimen de prima media, en los términos de la jurisprudencia vigente.

Por lo expuesto, se **adicionará** el numeral **tercero** de la sentencia apelada y consultada, para ordenar que la AFP Porvenir SA, además de los valores indicados por el *a quo*, efectúe la devolución de las primas de seguros previsionales, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima y las comisiones, todos estos valores debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, con la discriminación y detalle de los valores a devolver.

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

Finalmente, en torno a la solicitud efectuada por Colpensiones, relacionada con que se condene a la administradora de fondos de pensiones vinculada al proceso a indemnizar a la entidad los **perjuicios** que se ocasionen como consecuencia de la decisión de declarar ineficaz el traslado de régimen de la demandante y su activación en el régimen de prima media, advierte la Sala que ello no hizo parte del objeto de este litigio ni del debate probatorio, razón por la cual no es posible emitir una decisión de fondo respecto al particular, sin que ello obste para que, de considerarlo pertinente y procedente, la entidad inicie las acciones respectivas, y acredite los perjuicios a los que hace referencia, mediando el trámite adecuado, con observancia de las garantías legales y constitucionales, en particular, del debido proceso, derechos de defensa y contradicción.

Finalmente, en cuanto al **monto de las costas** impuestas a Porvenir SA, ha de indicarse que de conformidad con el num. 5º del art. 366 del CGP, no es

¹ CSJ SL1688-2019.

este el momento procesal oportuno para decidir lo atinente frente a cualquier controversia que surja respecto de la liquidación de las expensas y el monto de las agencias en derecho, por ende la Sala se encuentra impedida para emitir pronunciamiento alguno frente a este punto.

Sin costas en la alzada, ante su no causación.

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR el numeral **tercero** de la sentencia apelada y consultada, proferida el 13 de junio de 2022 por el Juzgado 30 Laboral del Circuito de Bogotá DC, en cuanto a que la **Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir SA**, deberá devolver también, lo descontado de los aportes por concepto de comisiones, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, discriminando la totalidad de los conceptos objeto de devolución, con sus respectivos valores y con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC y aportes pagados, conforme a lo expuesto en las consideraciones de esta decisión.

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

TERCERO: Sin costas en la alzada, ante su no causación.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada ponente

(En uso de permiso)
MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado

(*) Hipervínculo de consulta de expediente digitalizado:

<https://etbcsj->

[my.sharepoint.com/:f:/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/EqftPPfLvRhHkHUg87rB73wB3LMGYrwf_IiYHF4qoqxzZw?e=tECIY2](https://etbcsj-my.sharepoint.com/:f:/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/EqftPPfLvRhHkHUg87rB73wB3LMGYrwf_IiYHF4qoqxzZw?e=tECIY2)

Firmado Por:

Luz Patricia Quintero Calle

Magistrada

Sala Laboral

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

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

Código de verificación: **e8eb04f5d37d221b1aba6ab29933b2018db96d44f7fe7d744a7125bdcd81ba53**

Documento generado en 04/07/2023 12:40:50 PM

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

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



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

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada Ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 11001 31 05 **001 2019 01214 01**
DEMANDANTE: LUZ ESPERANZA MUETE DE ÁLVAREZ
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES

Bogotá DC, veintinueve (29) de junio de dos mil veintitrés (2023).

En la fecha, en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 13 de la Ley 2213 de 2022, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados MILLER ESQUIVEL GAITÁN, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por Colpensiones y surtir el grado jurisdiccional de consulta en su favor, respecto de la sentencia proferida el 13 de mayo de 2022, por el Juzgado 1° Laboral del Circuito de Bogotá DC.

I. ANTECEDENTES

Pretende la demandante que se condene al pago de la sustitución pensional con ocasión del fallecimiento de su cónyuge, desde el 11 de julio de 2013, de conformidad con el art. 47 y ss de la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 de 2003, el retroactivo y los intereses moratorios, o en su defecto, la indexación (pág. 24 arch. 1).

Como fundamento relevante de sus pretensiones, manifestó que contrajo matrimonio católico con Oliverio Álvarez Veloza el 8 de diciembre de 1978, de cuya unión nacieron 2 hijos: John Oliver y Anibal Andrés, hoy mayores de edad; fue beneficiaria de la EPS del causante, a quien el extinto ISS le reconoció la pensión de vejez a partir del 30 de junio de 1993 mediante la Resolución n° 9475 de 1994, en cuantía inicial de \$98.700 más el incremento por cónyuge a cargo

por \$13.818; convivieron en el municipio de Quebrada Negra, Cundinamarca, vía Útica - Villeta; por motivos de fuerza mayor se vio obligada a viajar a Bogotá con el fin de realizar todos los tratamientos médicos que requería su hijo Jhon Oliver, teniendo en cuenta que es una persona que se encuentra en condición de discapacidad, estaba que se prolongó debido a esta circunstancia y con el fin de brindarle educación especial a su hijo.

Adujo que no obstante lo anterior, la relación con su pareja siempre estuvo enmarcada por sus notorios lazos afectivos, sentimentales, de apoyo, solidaridad, acompañamiento espiritual y ayuda mutua, ya que por acuerdo y debido al estado de salud de su hijo, ambos consintieron que ella permaneciera en la ciudad de Bogotá, así que independientemente de ello, compartió techo, lecho y mesa con su cónyuge en su residencia ubicada en la vereda El Hato en el citado municipio, aunado a que el causante siempre fue quien sufragó los gastos de manutención de ella y nunca se divorciaron, ni su sociedad conyugal nunca se liquidó; siempre estuvo pendiente de las cosas personales de su esposo tras viajar cada 8 o 15 días al municipio en el que su esposo falleció el 11 de julio de 2013; su esposo también pasaba tiempo con ella en Bogotá.

Informó que el 24 de julio de 2013 solicitó la pensión de sobrevivientes a Colpensiones, quien la negó en Resolución GNR 130257 de 2017, bajo el argumento de que no es beneficiaria porque no aportó declaración extrajuicio en donde manifieste el tiempo de convivencia del causante, decisión confirmada en Resolución GNR 371537 de 2014; solicitó nuevamente el reconocimiento de la prestación y también le fue negada en Resolución GNR 296616 de 2015 y GNR 176781 de 2016 por no acreditar la dependencia económica (págs. 21-24 arch. 1).

II. TRÁMITE PROCESAL

La demanda fue admitida el 5 de agosto de 2020, ordenando su notificación y traslado a la demandada (págs. 36, 37 arch. 1), quien se opuso a todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, con el argumento de que la demandante no acreditó los requisitos para ser beneficiaria de la prestación reclamada, por ende, se le negó la misma en Resoluciones GNR 371537 y GNR 130257 de 2014, GNR 296615 de 2015, GNR 176181 y VPB 42329 de 2016, máxime cuando un nieto del causante declaró que su abuelo fue abandonado por la demandante y por ende, al momento de su fallecimiento se encontraba solo.

Formuló las excepciones denominadas inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe, prescripción y no procedencia del pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público (págs. 39-52 archs. 1, 3).

La **Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado**, guardó silencio (págs.. 55, 59, 63, 64 arch. 1).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 1º Laboral del Circuito de Bogotá DC, en sentencia del 13 de mayo de 2022, condenó a Colpensiones a reconocer y pagar a la demandante la pensión de sobrevivientes en calidad de cónyuge del asegurado fallecido, a partir del 11 de julio de 2011 [sic], día siguiente al fallecimiento de Oliverio Álvarez Veloza (QEPD) en cuantía de 1 SMLMV para cada año, de lo cual autorizó el descuento de lo atinente al régimen de salud; declaró parcialmente probada la excepción de prescripción respecto de las mesadas causadas con anterioridad al 7 de noviembre de 2017 junto con los reajustes legales y adicionales causados, más los intereses moratorios a partir de la misma data [sic] a la tasa máxima de interés moratorio vigente al momento en que se efectúe el pago, las costas procesales y la absolvió de las demás pretensiones incoadas en su contra.

Para lo que interesa a la alzada consideró que, con base en las declaraciones rendidas en el expediente, se tiene por acreditada la convivencia de la demandante con el causante hasta la data de su fallecimiento sin que se hubieran separado, porque aun cuando la demandante por unos meses se encontró viviendo en Bogotá por su hijo en condición de discapacidad, no se dio ruptura al deber de cohabitación de la pareja, ni se extinguió el vínculo matrimonial que la ató al causante, acreditándose el requisito de ayuda mutua, apoyo incondicional y solidaridad entre los cónyuges.

Indicó que el monto pensional es 1 smlmv pues se desprende de la historia laboral expedida por la demandada que el causante cotizaba sobre ese valor durante su vida como afiliado y en especial la última anualidad anterior a su fallecimiento. Otorgó los intereses moratorios a partir de los 2 meses siguientes a cuando se presentó a reclamación administrativa el 7 de noviembre de 2013, por ende, se deben liquidar a partir del 7 de enero de 2014 [sic], de ahí que no otorgó la indexación solicitada. En cuanto a la prescripción señaló que como la demandante solicitó la pensión el 7 de noviembre de 2014 [sic] las mesadas

pensionales afectadas por el fenómeno extintivo son las posteriores [sic] al 7 de noviembre de 2017 [sic] (archs. 13, 14).

IV. RECURSO DE APELACIÓN

Colpensiones argumentó que no se logró probar una convivencia continua e ininterrumpida durante 5 años anteriores al fallecimiento del causante que permita el otorgamiento del derecho a la pensión de sobrevivientes a la demandante y por esa razón la entidad le negó en varias oportunidades la prestación, pues al igual que en la investigación administrativa, también quedó claro que no hubo una convivencia en el mismo techo y lecho, dado que la demandante vivía en Bogotá con sus padres, mientras que el causante vivió en una finca; tampoco se acreditó que el hijo del causante fuera un hijo inválido que dependía económicamente del causante; también se debe tener en cuenta que el nieto del causante sostuvo que la demandante abandonó a su abuelo, quien estuvo solo al momento del fallecimiento, de ahí que no se encontraba presente para prestar el debido apoyo a su cónyuge.

Solicitó que se revoquen las mesadas pensionales ordenadas pagar y los intereses moratorios dado que no se acreditan los requisitos para ser beneficiaria de la pensión de sobrevivientes; en caso se que se confirme la decisión en cuanto al derecho pensional, solicita tener en cuenta las sentencias C-188-2003, CC C-1024-2004 y CC SU-065-2018 para exonerarla de tales réditos.

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Recibidas las diligencias en esta Corporación, mediante auto del 2 de junio de 2022 se admitió el recurso de apelación interpuesto y el grado jurisdiccional de consulta, conforme a lo normado en el entonces vigente art. 15 del Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado para alegar (arch. 4 C02), y las partes presentaron alegaciones reiterando los argumentos expuestos en la demanda, su contestación y el recurso (archs. 5-9 C02).

VI. CONSIDERACIONES

Cumplidos los trámites de segunda instancia, sin causal de nulidad que invalide lo actuado, esta Colegiatura procede a desatar la alzada, y conforme a lo dispuesto en los arts. 66A y 69 del CPTSS, el problema jurídico en este asunto

consiste en determinar si la demandante acredita las condiciones necesarias para ser beneficiaria de la pensión de sobrevivientes en condición de cónyuge del pensionado fallecido Oliverio Álvarez Veloza.

Está al margen de la discusión que: **i)** al causante Oliverio Álvarez Veloza le fue reconocida la pensión de vejez desde el 30 de junio de 1994 conforme el art. 12 del Acuerdo 049 de 1990 en cuantía de \$98.700 más los incrementos pensionales por cónyuge y 2 hijos a cargo, según Resolución n.º 009475 de 1994 expedida por el extinto Instituto del Seguro social (pág. 8 arch. 1, págs. 38, 137 arch. 6, págs. 88, 144, 402 arch. 10 C01); **ii)** falleció el 11 de julio de 2013 a sus 79 años de edad, pues nació el 6 de febrero de 1934 (págs. 5, 7 arch. 1, págs. 36, 134, 136 arch. 6, págs. 23, 24, 30, 31, 87, 98, 140, 142, 178, 406, 407 arch. 10 C01); **iii)** Luz Esperanza Muete de Álvarez nació el 29 de junio de 1955, por lo que a la fecha del deceso del causante, contaba con 46 años de edad (pág. 4 arch. 1, págs. 32, 133 arch. 6, págs. 25, 34, 38, 94, 141, 154-158, 383-387, 406 arch. 10 C01); **iv)** y en Resoluciones GNR 130257 y GNR 371537 ambas de 2014, GNR 296616 de 2015, GNR 176181 y VPB 42329 ambas de 2016, expedidas por Colpensiones, se le negó la pensión de sobrevivientes tanto a la demandante como a su hijo Jhon Oliver Álvarez Muete (págs. 10-17. arch. 1 C01).

La norma aplicable para resolver la controversia, es la vigente a la data de la muerte del causante, esto es, los arts. 12 y 13 de la Ley 797 de 2003, que modificaron los arts. 46 y 47 de la Ley 100 de 1993 (CSJ SL17521-2016, SL15873-2017 y SL1362-2019), según los cuales, para el caso, tienen derecho a la pensión de sobrevivientes los miembros del grupo familiar del pensionado que fallezca, y son beneficiarios de la prestación en forma vitalicia, entre otros, cónyuge o compañera permanente que a la fecha de la muerte del causante tenga 30 o más años de edad, acredite que hizo vida marital con el pensionado fallecido hasta el momento de su muerte, y haya convivido con él por los menos 5 años continuos con anterioridad a su deceso, y los hijos inválidos si dependían económicamente del causante, mientras subsistan las condiciones de invalidez conforme el art. 38 *idem*.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1399-2018, explicó que según la normatividad citada *«Por convivencia ha entendido la Corte que es aquella «comunidad de vida, forjada en el crisol del amor responsable, la ayuda mutua, el afecto entrañable, el apoyo económico, la asistencia solidaria y el acompañamiento espiritual, que refleje el propósito de*

realizar un proyecto de vida de pareja responsable y estable, a la par de una convivencia real efectiva y afectiva- durante los años anteriores al fallecimiento del afiliado o del pensionado» (CSJ SL, 2 mar. 1999, rad. 11245 y CSJ SL, 14 jun. 2011, rad. 31605).» y que «debe ser evaluada de acuerdo con las peculiaridades de cada caso, dado que pueden existir eventos en los que los cónyuges o compañeros no cohabiten bajo el mismo techo, en razón de circunstancias especiales de salud, trabajo, fuerza mayor o similares, lo cual no conduce de manera inexorable a que desaparezca la comunidad de vida de la pareja si notoriamente subsisten los lazos afectivos, sentimentales y de apoyo, solidaridad, acompañamiento espiritual y ayuda mutua, rasgos esenciales y distintivos de la convivencia entre una pareja y que supera su concepción meramente física y carnal de compartir el mismo domicilio».

Así las cosas, está demostrado que la demandante contrajo matrimonio con Oliverio Álvarez Veloza por el rito católico el 8 de diciembre de 1978 (pág. 6 arch. 1, págs. 34, 135 arch. 6, págs. 32, 33, 93, 99, 179, 407, 408 arch. 10 C01). De dicha unión se procrearon 2 hijos: John Oliver y Aníbal Andrés Álvarez Muete, nacidos el 11 de noviembre de 1979 y el 1º de agosto de 1981, respectivamente (pág. 90 arch. 6, págs. 89, 100, 101, 405, 410, 412, 416, 417, 419 arch. 10).

Colpensiones se opuso a la prosperidad de las pretensiones y para ello insistió tanto en las Resoluciones GNR 130257 y GNR 371537 ambas de 2014, GNR 296616 de 2015, GNR 176181, GNR 287419 y VPB 42329 todas de 2016 (págs. 10-17. arch. 1, págs.. 42-57, 139-146, 152-160 arch. 6, págs.. 202-205, 212-248, 259-266, 274-350, 352-355, 369-382 arch. 10 C01), como en la contestación a la demanda y el recurso de apelación, en que la demandante no es beneficiaria de la prestación en discusión, toda vez que no tuvo una convivencia continua e ininterrumpida con el causante en últimos 5 años de vida, máxime cuando el nieto del causante sostuvo que la demandante abandonó a su abuelo, quien estuvo solo al momento del fallecimiento, y por otra parte, que no se acreditó que el hijo del causante fuera un hijo inválido ni que dependía económicamente del causante, pues el certificado emitido por Audio Salud Integral IPS no reúne las características suficientes para establecer la calificación y porcentaje de la PCL (págs. 103-139 arch. 10); sin embargo, al revisar el expediente surtido en vía administrativa, se observa que la entidad no ejecutó una investigación previa con el fin de tomar la decisión de negar el reconocimiento pensional aquí perseguido (archs. 6, 10 C01).

Únicamente obra un derecho de petición que el 12 de agosto de 2014 radicó en la entidad John Helman Álvarez Rodríguez, en el que solicitó que Colpensiones se abstuviera de asignar la sustitución pensional a la demandante, por cuanto si bien se casó con su abuelo Oliverio Álvarez Veloza, años más tarde lo abandonó y nunca más volvió a convivir con él, lo cual sucedió hace aproximadamente 25 años, y simplemente la demandante llegó al sepelio de su abuelo y días después se acercó a Colpensiones a reclamar la pensión; en consecuencia, solicitó practicar las diligencias correspondientes para exonerar a la demandante de la prestación, *«por haber estado ausente durante 25 años, pues ella se encontraba conviviendo con otra persona y mi abuelo estuvo solo hasta el momento de su fallecimiento»* (págs. 147, 148 arch. 10).

Por el contrario, para refutar esta situación, la demandante corrió con la carga probatoria establecida en los arts. 164 y 167 del CGP, para demostrar su calidad de beneficiaria, pues aportó la certificación de la Nueva EPS SA, en la que aparece que fue afiliada desde el 31 de julio de 2008 a la Nueva EPS SA en su calidad de beneficiaria y que a partir del 26 de julio de 2013 quedó retirada del sistema (pág. 9 arch. 1, pág. 138 arch. 6, pág. 102 arch 10 C01).

Obra actualización del formulario único de afiliación e inscripción a la EPS del régimen contributivo del extinto ISS con fecha del 19 de mayo de 2001, diligenciado por el causante en donde registró como dirección de residencia la Vereda El Hato en el municipio de Quebrada negra, Cundinamarca, así como a Luz Esperanza Muete Martínez en calidad de cónyuge y a sus 2 hijos Aníbal Andrés y John Oliver Álvarez Muete, nacidos el 1º de agosto de 1981 y el 11 de noviembre de 1979, las últimas 3 personas con residencia en Soacha, Cundinamarca (pág. 90 arch. 6).

Dentro del expediente pensional del causante, obran documentos relacionados con Luz Esperanza Muete y sus hijos John Oliver y Aníbal Andrés, allegados por el mismo afiliado, para que pudieran ser tenidos en cuenta por el extinto ISS como sus beneficiarios, incluyendo 2 declaraciones juramentadas rendidas el 2 de abril de 1994 tanto por Oliverio Álvarez como por su esposa, en la Notaría Única del Círculo de Villeta, Cundinamarca, en las que sostuvieron que son casados, viven bajo el mismo techo, la demandante y sus hijos dependen económicamente del causante en cuanto al suministro de vivienda, vestuario, alimentación y demás gastos y menesteres que se requieren en un hogar, dado

que la demandante no trabaja, ni tiene ingresos o pensión alguna (págs. 404-406, 410-419 arch. 10).

Al pensionado hoy causante le pagaban las mesadas correspondientes en el Banco Davivienda de Villeta, Cundinamarca y el 7 de abril de 1994 registró dentro de su expediente pensional como dirección de residencia de él y de la aquí demandante, la Calle 4 n° 4-82 de Villeta (págs.. 92-96 arch. 6, págs.. 18-20, 421, 427 arch. 10)

Luz Esperanza Muete en su interrogatorio de parte rendido en audiencia del 13 de mayo de 2022 (archs. 12, 14 C01), manifestó que vive en la Vereda El Hato, municipio de Quebrada Negra, Cundinamarca; relató cómo conoció a su esposo en Villeta antes de tener una relación de novios; indicó que convivió junto a su esposo desde el 8 de diciembre de 1978 cuando contrajeron matrimonio, tuvieron 2 hijos; su esposo falleció debido a un infarto que le dio en la finca en donde vivían; indicó que en ese momento no estaba presente porque había viajado a Bogotá para que le dieran una cita, debido a que a su esposo le habían ordenado una cirugía de cataratas en un ojo, así que desde el día lunes iba a recoger los exámenes para que le dieran esa cita a su esposo, quien solo sufría de la tensión; las exequias fueron en Villeta.

Relató que tuvo que irse para Bogotá por la enfermedad de su hijo mayor John Oliver, ya que desde que nació fue una persona muy enferma y estuvo hospitalizado en varias ocasiones, así que estuvo en Bogotá durante unos meses, luego regresó a la finca con él, quien después perdió la audición y por esa razón, le iban a hacer un implante y unas terapias en Bogotá, ya que en Villeta no había médico especialista ni un terapeuta de lenguaje, por eso tenía que estar la mayoría del tiempo con su hijo en Bogotá; sin embargo, su esposo de vez en cuando la visitaba en Bogotá en casa de sus padres o ella iba a la finca, pero siempre el causante velaba por ambos y por sus hijos; nunca se separaron y siempre la pareja estuvo de acuerdo con que ella viajara a Bogotá para afrontar la enfermedad de su hijo John, por ello no estuvo en forma constante viviendo con él en la finca, pues ambos iban y venían, aunado a que debía cuidar de la salud de su señora madre en Bogotá a través de turnos que acordaba con su hermana; el causante tuvo un hijo antes de que se casaran, se llama José Fernando Álvarez, quien tuvo también un hijo que a la fecha de la audiencia tenía 22 años de edad, por ende no había nacido para la época en que se casó con Oliver, y ese nieto fue

quien declaró ante Colpensiones, ya que en su sentir, quería quedarse con los bienes y la finca de su esposo.

Informó que nunca tuvo conocimiento de que su esposo tuviera alguna relación sentimental con otra persona ni con la madre del hijo extramatrimonial; dijo que Colpensiones le negó la pensión de sobrevivientes a su hijo John con hipoacusia bilateral severa, porque ella nunca le hizo la gestión, aunado a que su hijo ya trabajaba, tenía cómo mantenerse y a la fecha de la audiencia tenía 43 años de edad, lo que se constata con la cédula de ciudadanía de John Oliver Álvarez Muete y con las consultas efectuadas en las páginas oficiales del Ministerio de Salud y de la Administradora de los Recursos del Sistema de Seguridad Social en Salud – ADRES, de donde se desprende que registra como trabajador activo dependiente afiliado a la Nueva EPS SA, a la AFP Porvenir SA y a la Caja de Compensación Familiar Compensar y que desde octubre de 2013 registra cotizaciones en la mencionada EPS (págs. 89, 100, 143, 145 arch. 10 C01, archs. 10. 11 C02).

Por otra parte, las manifestaciones de la demandante, se corroboran con la documental que obra dentro del expediente administrativo aportado por Colpensiones, en la que se constata que en efecto, John Oliver, hijo de la pareja, era atendido desde muy temprana edad en múltiples instituciones médicas ubicadas en Bogotá, para efectos de tratarle la patología de hipoacusia neurosensorial severa bilateral de oídos, como por ejemplo en Audio Salud Integral IPS, Neuroevocados Ltda, el Médico Otorrinolaringólogo y Fonoaudiólogo Jaime Ramírez Salcedo, la Clínica del Niño del extinto ISS, Neuronic, la Clínica San Pedro Claver (págs. 103-139 arch.. 10).

Además, la demandante aportó una declaración extrajuicio de Luis Hernando Luna Espinel y Ana del Carmen Roa Piñeros, rendida el 22 de abril de 2014 ante el Notario 67 del Círculo de Bogotá C, en la que manifestaron que conocieron de vista, trato y comunicación durante 20 años al esposo de la demandante, quienes desde el 8 de diciembre de 1978 compartieron techo, lecho y mesa hasta la fecha del deceso del causante, sin separarse o liquidar la sociedad conyugal de cuya unión se procrearon 2 hijos John Oliver y Aníbal Andrés Álvarez Muete, quienes son *«hoy en día mayores de edad con suficiente capacidad para sostenerse por sí solos»*, mientras que la demandante siempre dependió para el sustento y manutención de su esposo, ya que nunca trabajó y siempre fue ama de casa (págs. 18 arch. 1, págs. 47, 48, 147 arch. 6, págs. 357, 358 arch. 10 C01).

Estos relatos no distan en absoluto de lo que informó el testigo Miguel Arturo Martínez, pensionado y vecino, quien adujo conocer a la demandante hace 15 o 16 años, porque su hijo estudiaba en el mismo colegio que Aníbal Andrés, el hijo de ella, por ende construyó una amistad sólida con ella y el causante, ambas familias se visitaban en las casas cada 4 o 5 meses o los fines de año, él los visitaba en la finca propia de la pareja ubicada en una vereda de Villeta, Cundinamarca y aún lo hace con Luz Esperanza, pues viven cerca; indicó que por esa razón, tuvo conocimiento de que la demandante tenía que viajar a Bogotá, para atender el tratamiento de su hijo mayor, ya que sufre de un problema auditivo, así que iba a Villeta cada 8 o 15 días. Supo del hijo extramatrimonial del causante que se llama José Fernando, pero no convivía con la demandante y su esposo; dijo que el causante incluso acompañaba a la demandante a las citas médicas que tenía en Bogotá; que falleció por un infarto en su casa y sus exequias se hicieron en Villeta.

Todo lo anterior fue confirmado por la declarante Rocío Meza Sánchez, quien vive en Villeta, es ama de casa, conoce a la demandante y a su esposo hace 25 años dado que son vecinos, viven en la misma vereda El Hato de Quebrada Negra, Cundinamarca, así que se visitan prácticamente casi todos los días, de ahí que agregó que le constaba en forma directa que siempre que la demandante estaba en Bogotá, tenía permanente comunicación telefónica con su esposo, quien falleció en julio de 2013, mientras que la demandante le estaba sacando una cita médica en Bogotá; la demandante siempre dependió económicamente del causante y ambos viajaban juntos a Bogotá a cumplir las citas médicas de aquel.

Finalmente, la demandante acreditó haber cancelado los gastos funerarios del causante como da cuenta la factura de asistencia exequial de Funerales y Capillas Rios de Agua Viva SAS en el Centro de Villeta, por ende, Colpensiones le reconoció el auxilio funerario por \$3.080.000 mediante Resolución GNR 79245 de 2014 (págs. 26-28, 63, 64, 193, 206-210, 256-258, 268-272, 351 arch. 10).

De manera que, con las pruebas reseñadas se desvirtúa por completo las afirmaciones efectuadas por el nieto del causante, John Helman Álvarez Rodríguez en el derecho de petición que radicó ante Colpensiones el 12 de agosto de 2014 (págs. 147, 148 arch. 10), y que fue la única prueba que la entidad tuvo en cuenta para expedir los mencionados actos administrativos a través de los cuales negó el reconocimiento de la prestación aquí reclamada y la única en la

que se basa judicialmente para insistir en la negativa del derecho pensional; pues además de no contar con respaldo probatorio alguno, resulta incoherente tal escrito en tanto que en aquella época afirmó que su abuelo, se había separado de la demandante hacía 25 años atrás, lo que daría al año 1989, mientras que como se vio, el mismo causante suscribió una declaración extrajuicio el 2 de abril de 1994 en la que informó que convivía con la demandante en calidad de esposos; el día 7 del mismo mes y año señaló como residencia la misma de la demandante en Villeta; el 19 de mayo de 2001 el causante diligenció la actualización de datos en su EPS, incluyendo a la demandante como su beneficiaria, y según la certificación de la Nueva EPS, la demandante, se encontraba afiliada como tal desde el 31 de julio de 2008.

Y contrario a lo anterior, los relatos de quienes rindieron su declaración, se exhiben contestes, espontáneos, aunado a que al unísono, al tenor de lo dispuesto en el art. 221 del CGP, indicaron las circunstancias de modo, tiempo y lugar en la que les consta en forma directa lo manifestado en cuanto al tiempo de convivencia continua e ininterrumpida desde el matrimonio hasta la data de fallecimiento de Oliverio Álvarez Veloza, y la finca en la que habitó junto con su esposa en una vereda de Villeta, Cundinamarca, que es en la que hoy vive la demandante y en la que según los documentos atrás reseñados, era la dirección que el causante registró como su residencia.

De igual forma, los mencionados declarantes confirmaron el dicho de Luz Esperanza en cuanto a la causa del fallecimiento de su esposo, el acompañamiento permanente y constante que le dio hasta su último aliento, y el motivo por el cual debía ausentarse en ocasiones para viajar a Bogotá a atender la enfermedad de su hijo John Oliver; pero nunca ocurrió una separación de cuerpos, ni liquidación de bienes de la sociedad conyugal y tenían su vida de pareja en forma normal en calidad de esposos, viviendo juntos hasta el día del fallecimiento de Oliverio Álvarez.

Así las cosas, valoradas en su integridad las pruebas reseñadas, se puede colegir, contrario a lo indicado en la apelación, que en efecto la demandante convivió de manera ininterrumpida con el causante por casi 35 años, desde cuando contrajeron nupcias hasta la fecha de su deceso en el año 2013, de manera que, a pesar de los múltiples viajes efectuados por la demandante hacia Bogotá, Luz Esperanza y el pensionado tenían y continuaron un proyecto de vida como pareja estable, permanente y firme, forjado en un vínculo actuante de

apoyo, solidaridad, cuidado y socorro mutuos, desarrollado en forma continua y sin solución de continuidad.

Concluye entonces la Sala, como lo hizo el *a quo*, que Luz Esperanza Muete de Álvarez, en calidad de cónyuge convivió con el causante pensionado durante un término muy superior a cinco años con anterioridad a su deceso, lo que la hace beneficiaria de la pensión de sobrevivientes, en los términos del art. 47 de la Ley 100 de 1993, por tanto, se **confirmará** la decisión.

En cuanto a la **cuantía** de la prestación, ha de indicar la Sala que no es correcto lo considerado al respecto por el *a quo*, pues al tenor de lo dispuesto en el art. 48 de la Ley 100 de 1993, Colpensiones deberá reconocer el 100% de la pensión que el causante disfrutaba, así como el mismo número de mesadas que recibía, con la autorización del descuento de los aportes en salud en favor de la beneficiaria conforme a lo dispuesto en los art. 143, 157 y 204 de la Ley 100 de 1993; de manera que, como las mesadas que percibía el causante siempre equivalían a 1 SMLMV para cada anualidad (pág. 8 arch. 1, págs. 38, 92-96, 137 arch. 6, págs. 18-20, 88, 144, 402 arch. 10 C01) según el art. 14 *idem*, se tiene que a la fecha de retiro de nómina, el pensionado estaba percibiendo un monto mensual de \$589.500 en el año 2013.

Prescripción.- En este aspecto se debe advertir que si bien la prescripción solo se puede interrumpir por una sola vez al tenor de lo dispuesto en el art. 151 del CPTSS, no ocurre ello frente a los casos en que la prestación tuviera una causación periódica, como aquí sucede, en donde se podrían presentar múltiples interrupciones, teniendo en cuenta que cada prestación tiene un término de contabilización distinto (CSJ SL794-2013).

En ese sentido, se tiene que la demandante presentó múltiples solicitudes desde el 24 de julio de 2013. Empero, las dos últimas reclamaciones con el fin de obtener el reconocimiento de la prestación el 23 de julio de 2015 y el **13 de mayo de 2016**; frente a la primera, Colpensiones expidió la Resolución GNR 296616 del 25 de septiembre de 2015, respecto de la cual no se interpuso recurso alguno quedando ejecutoriada a partir del 10 de octubre de dicha anualidad; y frente a la segunda petición, se profirieron las n° GNR 176181, GNR 287419 y VPB 42329 todas de 2016, con las que la entidad negó la pensión de sobrevivientes y tras resolver los recursos de reposición y subsidiario el de apelación, confirmó el primer acto administrativo del año 2016.

La última resolución enunciada, se notificó el **7 de diciembre de 2016** quedando ejecutoriada a partir del **3 de febrero de 2017** (págs. 337-345, 349, 378, 382 arch. 10) y la demanda fue presentada el **13 de noviembre de 2019** (pág. 34 arch 1), de manera que las mesadas causadas desde julio de 2015, respecto de las que se interrumpió la prescripción por primera vez con la última solicitud, no se encontrarían prescritas; sin embargo, como este punto no fue objeto de apelación por parte de la demandante y por el contrario, se surte el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, en aplicación del principio de la *non reformatio in pejus* se **confirmará** la decisión del *a quo*, en cuanto a la prescripción declarada respecto de las mesadas anteriores al 7 de noviembre de 2017.

Por tanto, el retroactivo a cargo de Colpensiones y a favor de la demandante, a la fecha asciende a la suma de \$69.552.769, el cual deberá ser cancelado sin perjuicio de las mesadas que en adelante se continúen causando, con la autorización del descuento de los aportes en salud en favor de la beneficiaria, así que en estos términos se **adicionará** el numeral **tercero** de la sentencia consultada, acorde con lo dispuesto en el art. 283 del CGP:

Retroactivo en 14 mesadas anuales desde el 7 de noviembre de 2017 hasta el 31 de mayo de 2023			
Año	Monto mesada	Nº mesadas	Valor mesadas al año
2017	\$ 737.717	3	\$ 2.213.151
2018	\$ 781.242	14	\$ 10.937.388
2019	\$ 828.116	14	\$ 11.593.624
2020	\$ 877.803	14	\$ 12.289.242
2021	\$ 908.526	14	\$ 12.719.364
2022	\$ 1.000.000	14	\$ 14.000.000
2023	\$ 1.160.000	5	\$ 5.800.000
Gran Total:			\$ 69.552.769

Intereses moratorios.- Finalmente, en cuanto a los intereses moratorios de que trata el art. 141 de la Ley 100 de 1993, se tiene que en el presente caso son procedentes por cuanto las situaciones aquí previstas no se enmarcan dentro de las excepciones que ha considerado la jurisprudencia de nuestro máximo órgano de cierre como eximentes de responsabilidad frente a las entidades de seguridad social, por ende, al tenor de lo dispuesto en el art. 1º de la Ley 717 de 2001, serán calculados los réditos sobre cada una de las mesadas que hacen parte del retroactivo, con la advertencia de que si bien el *a quo* sostuvo en la parte resolutive de su sentencia, que la demandante presentó a reclamación

administrativa el 7 de noviembre de 2013 y que por ende, se deben liquidar a partir del 7 de enero de 2014, lo cierto es que en la parte resolutive ordenó liquidar los intereses a partir del 7 de noviembre de 2017, por virtud de la prescripción de la que fueron objeto las mesadas pensionales causadas con anterioridad a esa data.

Así las cosas, como tal decisión no fue objeto de reparo alguno por parte de la demandante, se **confirmará** en este aspecto la sentencia consultada.

En los anteriores términos queda estudiada la apelación de Colpensiones y surtido el grado jurisdiccional de consulta en su favor. Sin costas en la instancia ante su no causación.

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR el numeral **tercero** de la sentencia proferida el 13 de mayo de 2022, por el Juzgado 1º Laboral del Circuito de Bogotá DC, en el sentido de indicar que la primera mesada a que tiene derecho la demandante es de \$737.717 en el año 2017 equivalente a 1 SMLMV, por tanto, el retroactivo a cargo de Colpensiones y a favor de Luz Esperanza Mute de Álvarez, liquidado entre el 7 de noviembre de 2017 y el 31 de mayo de 2023, a razón de 14 mesadas anuales, sin perjuicio de las mesadas pensionales que se causen en adelante, asciende a la suma de \$69.552.769, del que se autoriza el descuento de los aportes en salud en favor de la beneficiaria, conforme las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

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

TERCERO: Sin costas en la instancia ante su no causación.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada ponente

(En uso de permiso)

MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado

(*) Hipervínculo de consulta de expediente digitalizado:

https://etbcsj-my.sharepoint.com/:f:/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/EjHJk7_CuwhHj7fZMbGarGUBVtZrZlhyNRyZcVOG05dhSw?e=MULwzo

Firmado Por:

Luz Patricia Quintero Calle

Magistrada

Sala Laboral

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

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

Código de verificación: 298f45b06f2066e062e90a06755232e09b75a68bf22317517779fc311526f22c

Documento generado en 04/07/2023 12:40:36 PM

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

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



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

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada Ponente

REFERENCIA:	PROCESO ORDINARIO LABORAL - SENTENCIA
RADICACIÓN.	11001 31 05 02 Tr (009 2019 00049) 01
DEMANDANTE:	AURA MARÍA RIVERA SÁNCHEZ
DEMANDADAS:	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, COLFONDOS SA PENSIONES Y CESANTÍAS y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA.

Bogotá DC, veintinueve (29) de junio de dos mil veintitrés (2023).

En la fecha, en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 13 de la Ley 2213 de 2022, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados MILLER ESQUIVEL GAITÁN, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por Colpensiones y surtir el grado jurisdiccional de consulta en su favor, respecto de la sentencia proferida el 27 de julio de 2022, por el Juzgado 2° Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá DC.

I. ANTECEDENTES

Pretende la demandante que se declare que el acto jurídico a través del cual se afilió en noviembre de 1994 al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por Colfondos SA, se encuentra viciado en su consentimiento tras no ser informada de las consecuencias negativas o positivas que tiene dicho régimen en comparación con el Régimen de Prima Media con Prestación Definida; en consecuencia, solicita se condene a Colfondos SA y a Porvenir SA a trasladar a Colpensiones la totalidad de los aportes a pensión realizados en su cuenta de ahorro individual, más los rendimientos financieros, y que a su vez se condene a Colpensiones a recibir estos aportes, la registre como una afiliada al RPMPD y actualice su historia laboral con las semanas cotizadas

a las AFP Colfondos y Porvenir. Subsidiariamente solicita el reconocimiento de los perjuicios causados a título indemnizatorio (págs. 56-57 A1 arch. 01 C01).

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que estuvo afiliada para los riesgos de IVM en la Caja Nacional de Previsión social CAJANAL; que en noviembre de 1994 se trasladó a Colfondos SA y el 1º de marzo de 1997 se trasladó a Porvenir SA. Adujo que al momento de la afiliación a Colfondos SA y del traslado a Porvenir SA, no se le brindó una asesoría oportuna, ni se le informó que se pensionaría con un monto menor al que tendría en Colpensiones; que solo el 10 de octubre de 2018 el fondo de pensiones Porvenir SA al que se encuentra afiliada, le comunicó que la mesada pensional proyectada ascendía a \$781.242, con lo que encuentra una diferencia ostensible que afecta su derecho pensional, debido a que en Colpensiones su pensión ascendería a la suma de \$1.384.270 (págs. 58-60 A1 arch. 01 C01).

II. TRÁMITE PROCESAL

La demanda se admitió por el Juzgado 9º Laboral del Circuito de Bogotá, el 19 de enero de 2019, ordenando su notificación y traslado a las demandadas (pág. 75 A1 arch. 01 C01), quienes dieron respuesta en término oportuno.

Colpensiones presentó oposición a lo pretendido, indicando que los múltiples traslados entre regímenes a partir de declaratorias de nulidad afectan la sostenibilidad financiera del sistema de pensiones. En su defensa propuso como excepciones las de imposibilidad de declaratoria de nulidad del traslado y ausencia de vicios del consentimiento en la suscripción del contrato de afiliación, imposibilidad jurídica de efectuar la activación de la afiliación de la demandante en el régimen de prima media con prestación definida, buena fe, prescripción y compensación (pág. 90-102 A1 arch. 01 C01).

Colfondos SA, se opuso a lo pretendido por considerar que brindó a la demandante una asesoría de manera integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de régimen y entre administradoras de pensiones, destacando que la demandante no se trasladó del RAIS al RPM en su debida oportunidad por su decisión libre y voluntaria. Formuló las excepciones de validez de la afiliación con Colfondos, inexistencia de la obligación, buena fe y prescripción (págs. 37-55 A3 arch. 01 C01).

Porvenir SA, se opuso a lo pretendido, por considerar que informó a la actora de manera completa y suficiente acerca de las características y beneficios que componían al RAIS para que tomara una decisión libre y voluntaria acerca del fondo que más se adaptara a sus intereses y formuló las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe (págs. 1-21 B1 arch. 01 C01).

La **Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado**, a pesar de haber sido legalmente notificada guardó silencio (Págs. 103-104 A1 arch. 01 C01).

En cumplimiento de lo previsto en los Acuerdos PCSJA22-11918 del 2 de febrero y CSJBTA22-15 del 1º de marzo de 2022, el Juzgado 2º Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá DC, avocó conocimiento del presente proceso (arch. 04 C01).

III.SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 2º Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá DC, en audiencia celebrada el 27 de julio de 2022, profirió sentencia en la que declaró la ineficacia del traslado que hizo el demandante el 19 de septiembre de 1994, y condenó tanto a Porvenir SA, como a Colfondos SA a trasladar a Colpensiones los recursos que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la accionante, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales del asegurador, si las hubiere, primas de seguros previsionales, rendimientos financieros, frutos e intereses, comisiones y gastos de administración, precisando que dichos dineros deberán ser trasladados en forma indexada y con cargo a sus propios recursos.

Consideró que conforme a la normatividad vigente para la época del traslado de régimen del demandante y a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, el deber de información está radicado en cabeza de las AFP, sin embargo, no se aportaron medios de convicción tendientes a demostrar la información clara, transparente, veraz, suficiente y conducente suministrada a la demandante al momento de efectuar su traslado al RAIS y escoger libremente ese régimen, por ende, encontró procedente declarar la ineficacia del traslado y ordenar a las AFP el traslado de todos los recursos que obran en la cuenta de ahorro individual, como una consecuencia lógica de la ineficacia del traslado del régimen pensional (arch. 09 C01).

IV.RECURSO DE APELACIÓN

Colpensiones interpuso recurso de apelación parcial, manifestando que no hay lugar a declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional en el caso bajo estudio, toda vez que existió un desinterés o descuido por parte de la demandante, quién decidió continuar cotizando al RAIS de manera libre y voluntaria, precisando que la actora no tenía una expectativa legítima puesto que al momento del traslado contaba con menos de 750 semanas de cotización y le faltaban 20 años para acceder a la pensión (arch. 09 *idem*).

Colfondos SA interpuso el recurso de apelación, solicitando tener en cuenta que la fecha de efectividad del traslado no fue el 19 de septiembre de 1994, puesto que dicha fecha corresponde a la de suscripción del formulario y no a la de efectividad del traslado en sí mismo. Manifestó su inconformidad respecto a la decisión de ordenar el traslado de sumas adicionales, exponiendo que las comisiones por gastos de administración se derivan de un mandato legal y que los seguros previsionales fueron pagados a terceros de buena fe, con los que se aseguró a la demandante para los riesgos de invalidez y sobrevivencia, por lo que considera que devolver dichos dineros llevaría a un enriquecimiento sin causa de la demandante. Finalmente expuso que Colfondos SA no administra actualmente la cuenta de ahorro individual de la demandante, por lo que no le es posible efectuar el traslado ordenado en el numeral tercero de la sentencia. (arch. 09 *idem*).

Porvenir SA expuso como fundamento del recurso de apelación que el traslado horizontal efectuado para el año 1997, estuvo revestido de completa validez y es plenamente eficaz, teniendo en cuenta que se cumplieron los requisitos formales y el deber de información conforme a lo exigido para dicha época, solicitando considerar que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición legal del traslado del régimen pensional. Adujo también, que los rendimientos financieros son una característica privativa del régimen de ahorro individual, no prevista en el régimen de prima media y que el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 contempló el descuento de los gastos de administración más seguros previsionales, con el propósito específico de cubrir las contingencias de invalidez o muerte, por lo que considera que no es posible ordenar su devolución, ya que esto desconocería la gestión profesional de Porvenir y afectaría su patrimonio propio. (arch. 09 *idem*).

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Recibidas las diligencias en esta Corporación, mediante auto del 16 de enero de 2023 se admitió el recurso interpuesto y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones; y, conforme a lo normado en el art. 13 de la Ley 2213 de 2022, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar (arch. 04 C02).

En tal sentido, presentaron alegaciones de instancia la parte demandante, Colpensiones y Porvenir SA, reiterando los argumentos expuestos en sus alegatos de conclusión y en el recurso formulado por Colpensiones. (archs. 05, 07 y 09 C02).

VI. ACLARACIÓN PREVIA

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

Empero, con ocasión de las decisiones emitidas por la Sala de Casación Laboral, entre otras, en la providencia CSJ STL3201-2020, en las que no solo se dejaron sin efecto las sentencias proferidas en segunda instancia, sino que se exhortó a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a acatar el precedente, y a cumplir de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa suficiente al apartarse del precedente judicial emanado de esa Corporación en

los asuntos de ineficacia de traslado de régimen, pese a que en todos ellos efectivamente se había cumplido con esa carga, bajo el mandato contenido en el referido exhorto, que fue varias veces reiterado, se acata el criterio del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral.

VII. CONSIDERACIONES

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

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** la demandante nació el 21 de enero de 1960 (pág. 06 A1 arch. 01 C01); **ii)** cotizó al régimen de prima media con prestación definida desde el año 1980, hasta noviembre de 1994; **iii)** el 19 de septiembre de 1994 suscribió formulario de afiliación al RAIS administrado por la AFP Colfondos SA, con fecha de efectividad desde el 1º de noviembre de esa anualidad (pág. 42 *idem*), **iv)** el 26 de febrero de 1997 suscribió formulario de afiliación y traslado a Porvenir SA (pág. 43 *idem*), con fecha de efectividad desde el 1º de abril de 1997, administradora en la que actualmente se encuentra afiliada con un total de 1194 semanas conforme la historia laboral expedida el 10 de octubre de 2018 (págs. 30-41 *idem*).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(…) no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada – cuando no imposible – o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarse el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe

conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.”

En esta providencia, también se dijo:

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

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

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

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

En el caso que ocupa la atención de esta Sala, se encuentra que la demandante se vinculó el 1º de noviembre de 1994 al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP **Colfondos SA**. Al efecto, cabe precisar que a pesar de que el formulario de afiliación se suscribió el 19 de septiembre de 1994, la afiliación y el consecuente traslado de régimen pensional se hizo efectiva el 1 de noviembre de 1994, tal como se colige de las historias laborales emitidas por Colfondos SA y Porvenir SA, en las que se tiene como primer periodo de cotización al RAIS, el mes de noviembre de 1994 y como última cotización efectuada al RPM, la correspondiente al mes de octubre de 1994 (págs. 33-36 A3 arch. 01 C01; págs. 30-41 A1 arch 01 C01).

Aclarado lo anterior y si bien en el formulario de vinculación (pág. 42 A1 arch. 01 C01), se hace referencia expresa a que la decisión se adoptó de manera libre, espontánea y sin presiones, conforme al mandato del art. 114 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con lo previsto en el art. 11 del Decreto 692 de 1994, esa sola afirmación, no acredita que en efecto se le haya suministrado la

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de la AFP Colfondos, que hubiere suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración del acto jurídico de traslado de régimen, para establecer la existencia de un consentimiento informado por parte de la afiliada para esa época, tal como lo concluyó la *a quo*, la sanción jurídica a ese incumplimiento, es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico de la afiliación al régimen de ahorro individual, así como del traslado posterior verificado, por lo que se **confirmará** la decisión de declarar la **INEFICACIA DEL TRASLADO** de régimen pensional realizado por la demandante el 19 de septiembre de 1994 con la suscripción del formulario de vinculación a la AFP Colfondos.

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

rendimientos, los demás conceptos cuya devolución fue ordenada, serán con cargo a los recursos de las AFP e indexados.

Al respecto, cabe precisar que si bien Colfondos SA no administra actualmente la cuenta de ahorro individual de la demandante, lo ordenado por la *a quo* tuvo en cuenta dicha situación, de forma que *la orden de devolución de aportes que se encuentran en la cuenta de ahorro individual, cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos financieros, frutos e intereses, fue dada a Porvenir SA*, en tanto que se precisó que Colfondos SA, deberá trasladar a Colpensiones los valores que se hubieren podido generar con ocasión de la administración efectuada durante el período en el que la demandante estuvo afiliada a dicha AFP, tales como gastos de administración, primas de seguros previsionales y comisiones en forma indexada con cargo a sus propios recursos, por lo que no hay lugar a revocar el numeral tercero de la decisión de primera instancia, como pretende el recurrente.

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

Sin costas en la alzada, ante su no causación.

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

RESUELVE:

¹ CSJ SL1688-2019.

PRIMERO: PRECISAR los numerales **segundo** y **tercero** de la sentencia proferida el 27 de julio de 2022, por el Juzgado 2º Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá DC, respecto a que los valores descontados por la **Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir SA y Colfondos SA Pensiones y Cesantías**, de los aportes efectuados con ocasión de la vinculación de la demandante, por concepto de gastos de administración, primas de seguros previsionales y porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, deberán ser devueltos con destino a **Colpensiones**, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, según lo expuesto en las consideraciones de esta decisión

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

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada ponente

(En uso de permiso)

MILLER ESQUIVEL GAITÁN

Magistrado



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Magistrado

(*) Hipervínculo de consulta de expediente digitalizado:

https://etbcsj-my.sharepoint.com/:f/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/EjsWFLfKuf9BgOifCQa0dWABkZgfG7fDBJxat_Mt0BNcKQ?e=CSWKWE

Firmado Por:

Luz Patricia Quintero Calle

Magistrada

Sala Laboral

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

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

Código de verificación: **c6a8215fc354e298208c1253085196306d83c272ceb068b77b0f5e6e098e2059**

Documento generado en 04/07/2023 12:40:37 PM

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

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