



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 00494** 01
DEMANDANTE: HERNANDO ORTIZ GÓMEZ
DEMANDADAS: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, COLFONDOS SA PENSIONES Y CESANTÍAS, y SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS SA.

Bogotá DC, veinticuatro (24) de julio 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 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 11 de octubre de 2022, por el Juzgado 15 Laboral del Circuito de Bogotá DC.

I. ANTECEDENTES

Pretende el demandante que se declare que el acto jurídico a través del cual se afilió en marzo de 1997 al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, se encuentra viciado en su consentimiento por haber sido inducido a error, tras no ser informado 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 a trasladar a Colpensiones la totalidad de los aportes a pensión realizados en su cuenta de ahorro individual, y que a su vez se condene a Colpensiones a recibir estos aportes y lo registre como un afiliado al RPMPD (págs. 4-5 arch. 01 C01).

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que estuvo afiliado al Instituto de los Seguros Sociales en el RPM, desde junio de 1982; que en marzo de 1997 se trasladó a la AFP Skandia SA, sin haber recibido una asesoría completa e integral, que le permitiera tomar una decisión consciente; que con posterioridad se trasladó a Colfondos SA; que ha cotizado 1569 semanas en ambos regímenes, y Colfondos SA al realizar la simulación pensional, le informó que los 62 años no tendrá el capital suficiente para obtener una pensión, en tanto que al consultar a Colpensiones se le informó que a sus 62 años tendría una pensión equivalente a \$1.858.006 (págs. 3-4 *idem*).

II. TRÁMITE PROCESAL

La demanda se admitió el 22 de noviembre de 2021, ordenando su notificación y traslado a las demandadas (arch. 05 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 prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, y buena fe (arch. 09 *idem*).

Skandia SA, se opuso a lo pretendido, indicando que no se evidencia situación alguna que permita invalidar los actos jurídicos conscientes y claros que el demandante suscribió con las diferentes entidades que integran el Sistema de Seguridad Social en Pensiones, y formuló las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe (arch. 11 *idem*).

Colfondos SA, se opuso a lo pretendido, por considerar que se informó al actor 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 inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, y buena fe (arch. 20 *idem*).

La **Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado**, a pesar de haber sido legalmente notificada guardó silencio (Pág. 12 arch. 07 *idem*).

III.SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 15 Laboral del Circuito de Bogotá DC, en audiencia celebrada el 11 de octubre de 2022, profirió sentencia en la que declaró la ineficacia del traslado que hizo el demandante al régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, le ordenó a Colfondos SA trasladar a Colpensiones, todos los recursos o sumas que obran en la cuenta de ahorro individual, correspondientes a aportes, rendimientos y bono pensional, y a Colpensiones recibir dichos recursos y reactivar la afiliación del demandante.

Consideró que conforme a la normatividad vigente para la época del traslado de régimen de la 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 suministrada a la demandante al momento de efectuar su traslado al RAIS, por ende, todo debe regresar a su estado inicial; señaló que la ineficacia del traslado no se convalida o se ratifica por la firma del formulario de afiliación ni por el paso del tiempo de la afiliada en el RAIS, tampoco está sometida al término trienal de prescripción, en tratándose de un asunto estrechamente ligado a la construcción de un derecho pensional, que aún no se ha causado (arch. 30 C01)

IV.RECURSO DE APELACIÓN

Colpensiones interpuso recurso de apelación, manifestando que el demandante no demostró la existencia de un vicio en el consentimiento en el contrato de afiliación suscrito al trasladarse al régimen de ahorro individual. Adujo que con el traslado al régimen de prima media se generaría una descapitalización al sistema pensional y se pondría en riesgo la garantía del derecho a la pensión de los demás afiliados a Colpensiones, por lo que solicitó revocar la sentencia de primera instancia, y subsidiariamente, requirió que si se considera ineficaz el traslado, se ordene la devolución total de la cotización, inclusive en todo gastos de administración y demás emolumentos (arch. 30 C01).

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 Skandia SA, reiterando los argumentos expuestos en los alegatos de conclusión y el recurso interpuesto. (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 del CPTSS, el problema jurídico a resolver consiste en verificar si el traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, surtió plenos efectos jurídicos, o si por el contrario, fue ineficaz por falta de información suficiente por parte de la administradora privada demandada, que le permitiera contar con un consentimiento informado en la celebración del acto jurídico; y en tal caso, cuáles son las consecuencias jurídicas de tal declaratoria.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** el demandante nació el 14 de septiembre de 1963 (pág. 92 arch. 02 C01); **ii)** cotizó al régimen de prima media con prestación definida desde el mes de junio de 1982, hasta el mes de octubre de 1996 (arch. 9 subcarpeta 9.1 C01); **iii)** el 6 de marzo de 1997 se trasladó al RAIS administrado por la AFP Skandia (pág. 36 arch. 11 C01), **iv)** el 9 de noviembre de 1998 se trasladó a Colfondos SA (pág. 127 arch 01 C01), administradora en la que actualmente se encuentra afiliado con un total de 1569 semanas conforme la historia laboral aportada (pág. 92 *ídem*).

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

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

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

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

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

Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había

alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En esta providencia, también se dijo:

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

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

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

Así las cosas, conforme la jurisprudencia en cita, al alegarse la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al fondo de pensiones, sin importar si el afiliado era o no beneficiario del régimen de transición, o tenía una expectativa pensional legítima para el momento del traslado, o si se 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, el demandante se vinculó el 6 de marzo de 1997 al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por Skandia SA, y si bien en el formulario de vinculación (pág. 36 arch. 11 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 SL3501-2022, precisó:

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

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

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

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

De otro lado, ha dicho la Sala que como la declaratoria de ineficacia tiene efectos ex tunc (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido. Por ello, en tratándose de afiliados, la Sala ha 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 Skandia SA, 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 6 de marzo de 1997 con su afiliación a la Skandia SA.

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 la AFP Colfondos SA, a la que actualmente se

encuentra afiliado el demandante, efectúe la devolución de la totalidad de los conceptos mencionados por el *a quo*, junto con los bonos pensionales si los hubiere, y además, 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, 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 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 11 de octubre de 2022, por el Juzgado 15 Laboral del Circuito de Bogotá DC, en cuanto a que la **Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Colfondos SA**, deberá devolver también, con destino a Colpensiones, además de los conceptos allí relacionados con ocasión de la vinculación del demandante, los bonos pensionales si los hubiere; asimismo, 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 descontados de los aportes, discriminando la totalidad de los conceptos objeto

¹ CSJ SL1688-2019.

de devolución, con sus respectivos valores y con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC y aportes pagados, según lo expuesto en las consideraciones de esta decisión.

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

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada ponente



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Magistrado

(*) Hipervínculo de consulta de expediente digitalizado:

<https://etbcsj->

[my.sharepoint.com/:f/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/E5N1DFSgnlBChcagJ6eM4aIBnkaGQCnozif1AB7zSQ0WpQ?e=0bdxxe](https://etbcsj-my.sharepoint.com/:f/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/E5N1DFSgnlBChcagJ6eM4aIBnkaGQCnozif1AB7zSQ0WpQ?e=0bdxxe)

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: **4016006fac90c723288ef7d8efa3d3a323162096902f3181f319db58a4de0c30**

Documento generado en 02/08/2023 08:25:03 AM

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 05 035 2021 00126 01
DEMANDANTE:	MARTHA PATRICIA CORTÁZAR SÁNCHEZ
DEMANDADAS:	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA.

Bogotá DC, veinticuatro (24) de julio 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 MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por Porvenir SA y Colpensiones, y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última, respecto de la sentencia proferida el 22 de julio de 2022, por el Juzgado 35 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 agosto de 1994 al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, 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 Porvenir SA a trasladar a Colpensiones la totalidad de los aportes a pensión realizados en su cuenta de ahorro individual, y que a su vez se condene a Colpensiones a recibir estos aportes, y que la registre como una afiliada al RPMPD (págs. 1-2 arch. 01 C01).

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que estuvo afiliada al Instituto de los Seguros Sociales en el RPM, desde enero de 1983; que en agosto de 1994 tomó la decisión de trasladarse a Porvenir SA, pero que dicha decisión no fue informada, autónoma y consciente, ya que no se le brindó una asesoría completa, integral y veraz. Adujo que ha cotizado 1492 semanas a ambos regímenes y que la accionada Porvenir SA, en respuesta a la petición presentada por la demandante, le informó que su pensión en el RAIS correspondería la suma de \$828.116, en tanto que en el RPM sería de \$1.334.100 (págs. 2-3 *idem*).

II. TRÁMITE PROCESAL

Previa subsanación, la demanda se admitió el 1º de septiembre de 2021, ordenando su notificación y traslado a las demandadas (arch. 14 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. 16 *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 errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del código civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, y no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público (arch. 20 *idem*).

La **Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado**, a pesar de haber sido legalmente notificada guardó silencio (arch. 26 *idem*).

Cabe anotar que si bien **Colfondos SA**, allegó escrito de contestación indicando que la señora Martha Patricia Cortázar Sánchez, no estuvo ni está

afiliada a dicha AFP, dicha contestación no fue tomada en cuenta toda vez que Colfondos SA no es parte del proceso (archs. 18 y 42 *idem*).

III.SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá DC, en audiencia celebrada el 22 de julio de 2022, profirió sentencia en la que declaró la ineficacia del traslado que hizo la demandante al régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, y le ordenó a Porvenir SA trasladar a Colpensiones, todos los aportes, sumas adicionales de aseguramiento, frutos e intereses junto con sus rendimientos, condenando a Porvenir SA a pagar con su propio patrimonio, la disminución en el capital de financiación de la pensión de la demandante por los gastos de administración, conforme al tiempo que esta permaneció afiliada en el fondo privado.

Consideró que conforme a la línea jurisprudencial de la Corte, era menester declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional surtido por la demandante, en la medida en que no se probó que aquella hubiera recibido información en los términos señalados en el precedente aplicable, pues la misma debía comprender todas las etapas del proceso desde el inicio hasta el momento del disfrute de la prestación (archs. 46 y 47 C01)

IV.RECURSO DE APELACIÓN

Colpensiones interpuso recurso de apelación, manifestando que la demandante no demostró la existencia de un vicio en el consentimiento en el contrato de afiliación suscrito al trasladarse al régimen de ahorro individual; adujo que con el traslado al régimen de prima media se generaría una descapitalización al sistema pensional y se pondría en riesgo la garantía del derecho a la pensión de los demás afiliados a Colpensiones y por tal razón, solicitó revocar la sentencia de primera instancia (archs. 46 y 47 C01).

Porvenir SA, expuso como fundamento del recurso de apelación que la demandante al momento del traslado era una persona capaz y, por tanto, su decisión de trasladarse fue libre, voluntaria e informada. Señaló que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición legal del traslado del régimen pensional, y manifestó su inconformidad tanto con la decisión misma de ordenar el traslado de régimen pensional de la accionante, como con la

disposición de devolver no solo los aportes, sino también los gastos de administración y primas de seguros previsionales, toda vez que la afiliada demandante ha contado con la protección frente a cualquier riesgo de invalidez o muerte que se pudiera suscitar (archs. 46 y 47 *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 la demanda y en los recursos formulados. (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 de la demandante del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, surtió plenos efectos jurídicos, o si por el contrario, fue ineficaz por falta de información suficiente por parte de la administradora privada demandada, que le permitiera contar con un consentimiento informado en la celebración del acto jurídico; y en tal caso, cuáles son las consecuencias jurídicas de tal declaratoria.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** la demandante nació el 21 de agosto de 1962 (pág. 14 arch. 03 C01); **ii)** cotizó al régimen de prima media con prestación definida desde enero de 1983, hasta agosto de 1994 (pág. 19 *idem*); **iii)** el 19 de agosto de 1994 se trasladó al RAIS administrado por la AFP Horizonte, hoy Porvenir SA (págs. 12-13 *idem*), administradora en la que actualmente se encuentra afiliada con un total de 1536 semanas conforme la historia laboral aportada (págs. 35-39 *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 35 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.

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

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

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

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

información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

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

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

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

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

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

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

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

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

En consecuencia, si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el

hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo.

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

En esta providencia, también se dijo:

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

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

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

Así las cosas, conforme la jurisprudencia en cita, al alegarse la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al fondo de pensiones, sin importar si el afiliado era o no beneficiario del régimen de transición, o tenía una expectativa pensional legítima para el momento del traslado, o si se 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 el 19 de agosto de 1994 al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP Horizonte SA, hoy **Porvenir SA** y si bien en el formulario de vinculación (págs. 12-13 arch. 03 y 52-53 arch. 16 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 SL3501-2022, precisó:

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

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

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

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

De otro lado, ha dicho la Sala que como la declaratoria de ineficacia tiene efectos ex tunc (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido. Por ello, en tratándose de afiliados, la Sala ha 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 Porvenir SA, antes APF Horizonte, 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 19 de agosto de 1994 con su afiliación a la AFP Horizonte SA, efectiva desde el 1º de septiembre 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 la AFP Porvenir SA, a la que actualmente se encuentra afiliada la demandante, efectúe la devolución de la totalidad de los conceptos mencionados por el *a quo*, *junto con los bonos pensionales si los hubiere, así como 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*, 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 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 22 de julio de 2022, por el Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá DC, en cuanto a que la **Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías**

¹ CSJ SL1688-2019.

Porvenir SA, deberá devolver también, con destino a Colpensiones, además de los conceptos allí relacionados con ocasión de la vinculación de la demandante, los bonos pensionales si los hubiere; así mismo, 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, discriminando la totalidad de los conceptos objeto de devolución, con sus respectivos valores y con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC y aportes pagados, según lo expuesto en las consideraciones de esta decisión.

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

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada ponente



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Magistrado

(*) Hipervínculo de consulta de expediente digitalizado:

https://etbcj-my.sharepoint.com/:f:/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/Et6_nVgS-4VEnDLdOUmj1koBSQEVxvF8c6YYF8lvHtlnYQ?e=94BDgU

Luz Patricia Quintero Calle

Firmado Por:

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: **7a923e8d8bcd74a30f92ab86b86710db2ce69be168cec4d3ef0932cfe7dabaf6**

Documento generado en 02/08/2023 08:25:04 AM

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 05 039 2020 00092 01
DEMANDANTE:	LUZ AMANDA DAZA VARGAS
DEMANDADO:	ANA YOLANDA GUERRERO TORRES

Bogotá DC, veinticuatro (24) de julio 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 MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada contra la sentencia absolutoria proferida el 15 de febrero de 2022, por el Juzgado 39 Laboral del Circuito de Bogotá DC.

I. ANTECEDENTES

Pretende la demandante que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo verbal a término indefinido y sin solución de continuidad entre el 1° de febrero de 2014 y el 28 de noviembre de 2018, para desempeñarse como docente, el cual fue terminado en forma unilateral y sin justa causa por parte de la demandada; en consecuencia, se condene a la demandada al pago de las cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones y aportes al sistema de seguridad social integral, todas estas acreencias causadas a lo largo de toda la relación laboral, las primas de servicios causadas hasta el 31 de diciembre de 2017, más las indemnizaciones de los arts. 64 y 65 del CST y 99 de la Ley 50 de 1990 y la indexación de las sumas adeudadas (págs. 7-9 arch. 1, págs. 4-7 archs. 2, 4.3 C01).

Como fundamento relevante de sus pretensiones en lo que interesa a la alzada, señaló que laboró al servicio de la demandada en el Jardín Liceo Infantil Piaget y cumplió funciones de monitora de ruta escolar y docente de pre – jardín, jardín y transición en los extremos señalados en el capítulo de las pretensiones; a la terminación de la relación laboral, la demandada no le pagó las acreencias laborales y a lo largo del vínculo no fue afiliada al sistema de seguridad social integral en salud, pensión y riesgos laborales como trabajadora del plantel educativo, ni se le consignaron sus cesantías en un fondo; el 4 de enero de 2019 mediante escrito firmado por la demandada se negó la existencia de un contrato de trabajo, bajo el argumento de que como el contrato fue verbal, se pactó de buena fe que la prestación de los servicios no se haría bajo una vinculación laboral y por ende, no debía ser afiliada al sistema de seguridad social integral, aunado a que los derechos laborales se encontraban prescritos.

Señaló que el 16 de enero de 2019 la demandada le envió documentos con fechas del 4 y 17 de enero de dicha anualidad, en la que efectuó consignación de depósito judicial ante el banco Agrario de Colombia a órdenes del Juzgado 8º Laboral Municipal de Pequeñas Causas de Bogotá, *«de lo que a su parecer era la liquidación de las acreencias laborales (...) liquidación que no se ajusta a las normas de carácter laboral y a la realidad»*; citó a la demandada a conciliación ante el Ministerio de Trabajo para el 19 de febrero de 2019, sin embargo la demandada no compareció, solo su abogado y a la fecha de interposición de la demanda no se le han cancelado los derechos laborales adeudados (págs. 3-6 arch. 1, págs. 1-4 archs. 2, 4.3 C01).

II. TRÁMITE PROCESAL

Previo subsanación, se admitió la demanda mediante auto del 1º de diciembre de 2020, ordenándose su notificación y traslado a la demandada (arch. 6), quien la contestó con oposición a lo pretendido con el argumento de que la vinculación se dio en forma verbal y se respetó la independencia de la demandante sin imposición alguna de órdenes u horario, así que se partió de la modalidad de prestación de servicios y la demandante afirmó ser beneficiaria en el sistema de salud de su esposo miembro de la Policía Nacional, por ende, recibió el pago de su salario completo sin descuentos a seguridad social; el verdadero empleador de la demandante es el Jardín Liceo Infantil Piaget, de la cual ejerce como su representante legal; admitió las labores ejecutadas y los extremos temporales mencionados en la demanda, pero en forma activa solo en los años

escolares sin prestar servicios en diciembre y enero de cada período; el 28 de noviembre de 2018 se presentó a laborar voluntariamente como su último día, cobró el dinero de ese mes *«y en efecto se le pagó, cuya suma de dinero entregada incluía el pago hasta el 30 de noviembre y se le dio por anticipado la prima de servicios»*.

Adujo que en respuesta a un derecho de petición se le explicó a la demandante en forma detallada el pago de su liquidación final, que incluye mediante título de depósito judicial los últimos 3 años de vacaciones primas, cesantías e intereses a las cesantías a razón de 360 días al año y 48 horas de trabajo, a pesar de que fueron menos los días y horas laborados, también se le incluyó el auxilio de transporte al que no tenía derecho porque vive a 2 cuadras del jardín y aun así siempre contó con transporte que se le puso a disposición, todo ello sin que manifestara inconformidad alguna; no obstante, no quiso recibir el documento, por ende, tuvo que ser enviado por correo certificado y *«el valor que arrojó la liquidación, la demandante se negó a recibirlo con el único propósito de ganar a su favor indemnizaciones de ley, lo que obligó (...) a realizar el respectivo depósito judicial y a utilizar el mecanismo del envío por correo certificado de las comunicaciones que se le pusieron en conocimiento»*, sin embargo, tiene toda la voluntad de realizar el pago de semanas a pensión directamente al fondo donde se encuentre afiliada la demandante, quien ya retiró y cobró a satisfacción el título.

Propuso como excepciones de mérito las de pago, cobro de lo no debido, prescripción, caducidad de la acción, carencia de título para pedir, buena fe de la demandada mala fe de la demandante, enriquecimiento sin causa, nadie puede alegar su propia culpa, abuso del derecho propio y compensación (págs. 5- archs. 7.2, 12 *idem*).

III.SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 39 Laboral del Circuito de Bogotá DC, en sentencia del 15 de febrero de 2022, declaró que entre las partes existieron 5 contratos de trabajo regidos por el art. 101 del CST, vigentes entre el 1º de febrero y el 30 de noviembre de cada año, para los períodos escolares anuales de 2014 a 2017, y el último desde el 1º de febrero hasta el 28 de noviembre de 2018; en consecuencia, condenó a la demandada al pago de los aportes a pensiones causados en cada uno de los contratos con base en los IBC indicados en la pág. 8 del arch. 16.3

C01 y la indemnización moratoria frente al pago tardío de las prestaciones causadas en los años 2016, 2017 y 2018, así: \$27.410 diarios entre el 1º de diciembre de 2016 y el 30 de noviembre de 2018, junto con los intereses moratorios hasta el 2 de enero de 2019; \$30.562 diarios desde el 1º de diciembre de 2017 hasta el 2 de enero de 2019 y \$32.393 diarios del 29 de noviembre de 2018 al 2 de enero de 2019.

Declaró probada la excepción de compensación, por ser imputable el excedente pagado por concepto de prima de servicios (\$206.991), a la sanción moratoria aducida, resultando un saldo total de \$32.609.875 por dicho concepto, más los intereses moratorios por los cuales se condenó sobre las prestaciones sociales correspondiente al contrato del año 2016; declaró parcialmente probada la excepción de prescripción y no probadas los demás medios exceptivos e impuso costas a la demandada.

Para lo que interesa a la alzada, motivó lo así decidido frente a la moratoria del art. 65 del CST, en que la misma no se aplica en forma automática, pero si bien la demandada pagó la totalidad de las prestaciones sociales sobre las cuales no operó la prescripción (contratos posteriores al 19 de febrero de 2016, dado que el intento de conciliación se llevó a cabo los mismos día y mes de 2019), el pago solo lo realizó el 2 de enero de 2019 mediante depósito judicial, es decir, en forma tardía frente a cada uno de los contratos declarados, sin existir justificación alguna para ello. El hecho de que haya cancelado las prestaciones sociales sobre 360 días anuales no es un indicativo de buena fe, porque no es que haya pagado las prestaciones en forma benévola o con más dinero del que le correspondía, como lo realizó con la prima de servicios respecto de la que pagó con un valor un poco más alto, no con las cesantías ni las vacaciones porque la misma norma establece que se debe liquidar sobre 360 días, aunado a que la demandada fácil entendía que lo que la ató con la demandante era un contrato de trabajo y por ende, debía asumir el pago de las prestaciones sociales, sin que haya acreditado el motivo por el cual no lo hizo.

Liquidó las moratorias hasta el 2 de enero de 2019 dado que ese día se efectuó el pago a través de depósito judicial; declaró probada la excepción de compensación porque observó un pago adicional respecto de la prima de servicios de los contratos para los años 2016 a 2018, ya que la demandada tuvo en cuenta 360 días para su liquidación y no los efectivamente laborados (300 días para cada período escolar arrojando un excedente descontable de \$206.991 de la

condena por sanción moratoria que arrojó un monto total de \$32.816.866 (subcarp. 16).

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La demandada argumentó que no se encuentra de acuerdo con la condena impuesta a título de sanción moratoria, porque si bien se declaró probada la excepción de compensación, esta no implica únicamente el exceso de haber pagado un dinero adicional en la liquidación laboral, sino que yendo un poco más allá, significaría que la demandante no probó la mala fe de la empleadora y, por el contrario, no transcurrió mucho tiempo entre el último extremo laboral final y el pago de la suma en el depósito judicial que se consignó en favor de la demandante. Si bien, ello implicó el pago total de las prestaciones sociales de los años 2016 a 2018, se hizo al momento de la desvinculación laboral final y casi de inmediato luego de haberse llevado a cabo la conciliación ante el Ministerio de Trabajo, con el fin de evitar que transcurriera más tiempo, de pretender sanear el yerro en que se incurrió frente a los derechos ciertos e indiscutibles y de prever que no existiera una eventual condena frente a lo dispuesto en el art 65 del CST; por ende solicita que se revoque la condena impuesta en el numeral 2º de la sentencia apelada porque no hubo mala fe y resulta demasiado lesiva.

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; y, conforme a lo normado en el entonces vigente art. 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar (arch. 4 C02), quienes presentaron sus alegaciones de instancia reiterando los argumentos expuestos en la demanda, su contestación y el recurso (archs. 5-9 *ídem*).

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 el art. 66A del CPTSS, el problema jurídico a resolver, consiste en verificar si es posible exonerar a la demandada del pago de la sanción moratoria establecida en el art. 65 del CST, por haber acreditado buena fe.

Según lo dispuesto en el art. 65 del CST y conforme lo ha establecido antaño la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, la imposición de la indemnización moratoria no es de aplicación automática sino que se debe estudiar, en cada caso particular, la conducta remisa del empleador, para con ello establecer, si su obrar, al abstenerse de pagar en forma oportuna y completa los salarios y prestaciones sociales a la finalización del nexo contractual, está precedido o no de buena fe, por encontrarse justificado en motivos serios que, a pesar de no resultar jurídicamente acertados, sí pueden ser considerados como atendibles o razonables (CSJ sentencias SL12854-2016 y SL6119-2017).

En el presente caso, no está en discusión que entre las partes existieron 5 contratos de trabajo regidos por el art. 101 del CST, vigentes entre el 1º de febrero y el 30 de noviembre de cada año, para los períodos escolares anuales de 2014 a 2017, y el último contrato se dio desde el 1º de febrero hasta el 28 de noviembre de 2018, ya que así se declaró por la *a quo*, obran certificaciones al respecto firmadas por la demandada como Directora del Jardín Liceo Infantil Piaget, el 16 de abril, 27 de agosto y 30 de noviembre de 2018 (págs. 41-43 arch. 1 C01), y no se elevó reparo alguno frente a la decisión de primera instancia.

Tampoco se discutió que frente a estos contratos no se efectuó en forma alguna al pago de las acreencias laborales que respecto de cada uno se habían causado en favor de la demandante, sino que la cancelación total de las mismas se dio una vez la demandante laboró por última vez para la demandada en el Jardín Liceo Infantil Piaget; así se afirmó en la contestación a la demanda.

De manera que, tal y como lo señaló la *a quo* la empleadora ha debido pagar las prestaciones sociales y salarios debidos a la terminación de cada uno de los contratos y no esperar hasta que la demandante prestara por última vez sus servicios en el mencionado instituto educativo, pues en primer lugar es la obligación legal que tienen toda clase de empleadores, sean personas naturales o jurídicas, frente a sus trabajadores; y, en segundo lugar, en el presente caso, esa omisión trajo como consecuencia, que la trabajadora no fuera afiliada al sistema de seguridad social integral y por virtud de la prescripción, que perdiera las acreencias a las que tenía derecho recibir en tiempo, frente a los contratos celebrados para los períodos escolares de los años 2014 y 2015, sin que el hecho de que se le hubiera girado un dinero a través de depósito judicial, que cubría un poco más de los créditos laborales posteriores a esas anualidades, exonere a la demandada de ese deber legal y mucho menos de la indemnización moratoria,

pues precisamente lo pagó 3 años después de haberse causado y casi 3 meses después de que la demandante hubiera efectuado el primer requerimiento con el fin de obtener el pago total de tales derechos causados desde el primer contrato celebrado entre las partes (págs. 22-26 arch. 1 C01).

Ahora, el comportamiento que tuvo la demandada desde el momento en el que se elevó la reclamación el 12 de diciembre de 2018, fue el de desconocer la verdadera relación laboral que tuvo con la demandante, quien se desempeñó sin duda alguna como docente y monitora de ruta en el Jardín Liceo Infantil Piaget de propiedad de aquella (págs. 44-52, 61-63 arch. 1, págs. 41-45 arch. 7.2 C01), pues nótese cómo en la respuesta del 4 de enero de 2019 a la mencionada solicitud, sostuvo que al haber sido contratada la demandante en forma verbal, no era una razón válida para entenderla como su trabajadora, pues según su dicho la prestación de los servicios se realizó en forma independiente (págs. 28-34 arch. 1, págs. 34-39 arch. 7.2 C01); argumentos inaceptables por parte de esta Corporación ante el desarrollo de la prestación de los servicios de la demandante, y que fueron replicados al contestar la demanda luego de haber sido consignado el 1º de enero de 2019, el título de depósito judicial por \$4.268.217 a órdenes del Juzgado 8º Laboral Municipal de Pequeñas Causas de Bogotá DC, para el pago de acreencias de los años 2016 a 2018 e incluso después de haber manifestado en la diligencia del 19 de febrero de 2019 ante la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, que entre las partes sí había existido un vínculo laboral (págs. 34-40, págs. 40, 46-69 arch. 7.2 *idem*), tanto es así que se vio avocado el juzgado cognoscente a establecer la fijación del litigio y llevar a cabo todo el debate probatorio con miras a verificar si en el presente caso, era viable dar aplicación al principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades y así poder declarar la existencia de un verdadero vínculo laboral, circunstancias adicionales que evidencian que el comportamiento de la empleadora no fue el correcto.

En ese sentido, no pueden considerarse atendibles o justificables los argumentos expuestos por la demandada tras entender que se encontraba confundida respecto de la naturaleza de la relación que la unía con la demandante, por el contrario, debido a la naturaleza de las funciones que desempeñó esta última en su favor y por la duración de la prestación de los servicios que se prolongó en el tiempo, se **confirmará** lo decidido en primera instancia de cara al comportamiento de la empleadora y los elementos

probatorios obrantes en el proceso, dado que la simple negación del contrato no exonera de la sanción, como tampoco la demostración del mismo.

Lo anterior, al margen de que la Sala se encuentre en desacuerdo con la forma inequitativa y desproporcionada en que la *a quo* liquidó la sanción moratoria frente a cada uno de los contratos celebrados entre las partes, pues se precisa que conforme lo ha establecido de antaño la jurisprudencia de nuestro Máximo Órgano de Cierre, no puede correr este tipo de sanciones mientras se encuentra vigente una relación laboral, sino que su contabilización inicia a partir del día siguiente de la terminación del último vínculo laboral que las ató, al ser procedente este tipo de condena por una sola vez, sin que de la interpretación del art. 65 del CST se pueda colegir que se permite la imposición concurrente y acumulativa de sendas condenas por dicho concepto, de ahí que debe aplicarse evitando la duplicidad (CSJ SL 26 sep. 2006 rad. 27427, CSJ SL 22 jun. 2006 rad. 26923), y máxime cuando no medió un espacio temporal importante entre uno y otro contrato, sino que en virtud de los contratos que se celebran por año lectivo con un profesor de un establecimiento particular de enseñanza al tenor de lo dispuesto en el art. 101 del CST (CSJ SL593-2013, CSJ SL, 17 may. 2011 rad. 38182), en el presente caso, se sucedieron de forma inmediata con el fin de darle continuidad a la relación laboral; sin embargo, ha de advertirse que este punto no fue objeto de apelación, ni tampoco la fecha límite aducida por la *a quo*, sino únicamente la improcedencia de la imposición de la indemnización ante la buena fe, que como ya se advirtió no quedó acreditada, único tema que habilitó la competencia del Tribunal en virtud del principio de consonancia establecido en el art. 66A del CPTSS, razón por la cual, no se puede modificar la decisión en aspectos distintos no controvertidos en el recurso (CSJ SL 17 abr. 2012 rad. 38671, CSJ 8 feb. 2011 rad. 38817).

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 15 de febrero de 2022, por el Juzgado 39 Laboral del Circuito de Bogotá DC, por las razones expuestas en las consideraciones de esta decisión.

SEGUNDO: Sin costas en la alzada, 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



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Magistrado

(*) Hipervínculo de consulta de expediente digitalizado:

<https://etbcsj->

my.sharepoint.com/:f:/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/EqQDa7VXT9ZK1u5KH0J70V4BFtoe7EJve4ux8Ls3oUs0Fg?e=tnbLti

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: 3bcb0f4b3aa2ba49da4a2b2ad9cfa06224f951a2a4d1d34359c86f315ee0c614

Documento generado en 02/08/2023 08:25:05 AM

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 **040 2021 00102 01**
DEMANDANTE: ALBA GRATILIA SÁNCHEZ MILLÁN
DEMANDADOS: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE
FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA.

Bogotá DC, veinticuatro (24) de julio de dos mil veintitrés (2023).

En la fecha, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados 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 20 de octubre de 2022, por el Juzgado 40 Laboral del Circuito de Bogotá DC.

Se reconoce personería jurídica a la abogada María Natalia Álvarez Rueda portadora de la TP n.º 324.097 del C. S. de la J., para representar a la demandada Colpensiones, en los términos de la sustitución de poder conferida por la representante legal de la Unión Temporal Ábaco Paniagua & Cohen, apoderada general de la entidad, según escritura pública n.º 1955 del 18 de abril de 2022, de la Notaría 72 del Círculo de Bogotá DC.

I. ANTECEDENTES

Pretende la demandante que se declare la ineficacia de su traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad que administra Porvenir SA, atendiendo a la falta en el deber de información; que nunca estuvo afiliada al RAIS, y en consecuencia,

que debe quedar inscrita en el RPMPD administrado por Colpensiones; que se condene a esta entidad a aceptar el traslado de régimen y a Porvenir a trasladar a Colpensiones el valor total de los dineros que reposan en su cuenta de ahorro individual; y que se condene en costas a las demandadas.

Como fundamento de sus pretensiones, expone que nació el 8 de diciembre de 1964, cotizó al ISS hoy Colpensiones desde el 1º de junio de 1988 hasta el 31 de julio de 1995, y desde agosto de 1995 realiza cotizaciones en la AFP Porvenir, con quien suscribió formulario de vinculación el 28 de julio de 1995, cuando fue persuadida a trasladarse de régimen, y ha cotizado más de 1084 semanas; que la AFP para obtener el traslado le entregó una simulación donde le aseguró que su pensión a los 57 años sería de \$589.242 en el ISS y de \$1.268.212 en la AFP, en ningún momento le informó sobre los efectos de la decisión en su futuro pensional, ni las posibles desventajas de la afiliación, faltó a su obligación legal de suministrar la información comparativa de los regímenes pensionales, ni detalló en términos sencillos y comprensibles la información, características del sistema, riesgos, modalidades de pensión, requisitos para optar por la misma; que su traslado se llevó a cabo sin un consentimiento informado; que conforme a simulación de su mesada pensional, salta a la vista lo desfavorable de su afiliación al RAIS, pues la cuantía de su pensión será inferior, por lo que solicitó ante la AFP la ineficacia del acto de afiliación y ante Colpensiones que se aceptara y legalizara su traslado, sin resultado favorable (arch. 05, C001).

II. TRÁMITE PROCESAL

La demanda fue admitida el 8 de junio de 2021, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas, a quienes en auto del 21 de enero de 2022 se les tuvo por contestada (arch. 07, C001).

Porvenir se opuso a todas y cada una de las pretensiones, invocando en su defensa las excepciones de prescripción; prescripción de la acción de nulidad; cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación; y, buena fe (pág. 2 a 31, arch. 13, C001).

Colpensiones se opuso a la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones, invocando como medios de defensa las excepciones que denominó

saneamiento de la nulidad alegada; inexistencia del derecho reclamado; prescripción; y, buena fe (pág. 2 a 26, arch. 14, C001).

La **Agencia Nacional de Defensa Jurídica el Estado**, guardó silencio pese a haber sido notificada en debida forma (arch. 11, C001).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 40 Laboral del Circuito de Bogotá DC, en sentencia del 22 de octubre de 2022, declaró la ineficacia del traslado que efectuó la demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de Porvenir; condenó a Porvenir a trasladar a Colpensiones los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con el bono pensional y los rendimientos, así como a devolver el porcentaje correspondiente a gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el destinado al fondo de garantía de pensión mínima, con cargo a sus propios recursos, debidamente discriminados esos conceptos con valores, detalle de ciclos, IBC, aportes y demás; ordenó a Colpensiones aceptar y reactivar la afiliación del demandante en el RPMPD, sin solución de continuidad, y corregir su historia laboral; declaró no probadas las excepciones propuestas, y condenó en costas a Porvenir.

En síntesis, la juez de primer grado refirió la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia sobre las obligaciones de los fondos relacionados con el deber de información, la ilustración que se debe dar en el momento de traslado de régimen; que para la época del traslado no se puede concluir que no existía obligación o deber de informar debidamente al afiliado. Señaló en el caso concreto, la demandante realizó el traslado en julio de 1995, ha intentado el regreso al RPM administrado por Colpensiones, que frente al cumplimiento del deber de información, se está en presencia de una negación indefinida, por lo que la carga probatoria se traslada a la AFP; que era deber de Porvenir acreditar que cumplió con el deber de información al momento de traslado, y en el interrogatorio de parte de la demandante no se logró obtener la confesión; y que debe concluirse que por parte del fondo de pensiones no se cumplió el deber de información debidamente ilustrado y que el simple diligenciamiento del formulario de afiliación es insuficiente para infirmar la ineficacia del traslado de régimen pensional, ni basta con dar por entendido que el afiliado cuenta con los

elementos de juicio suficientes para entender la trascendencia de la decisión o que la demandante tenía como carga acreditar o verificar lo que se le manifestó para el traslado, y retornar al RPM.

Precisó que la ineficacia no se convalida por la permanencia en el RAIS, o si dentro de ese régimen presentó movilidad horizontal; que no se afecta la sostenibilidad financiera del sistema, puesto que los recursos que deben reintegrar los fondos serán utilizados para el reconocimiento pensional, con base en las reglas del RPM; que la excepción de prescripción no es procedente, porque se encuentran inmersos en las pretensiones derechos fundamentales pensionales, con carácter de irrenunciables e imprescriptibles.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

Colpensiones inconforme con la decisión, interpuso recurso solicitando que se revoque la decisión, porque no se acreditó que el traslado estuvo viciado en forma alguna, se presume la decisión libre y voluntaria por parte de la demandante, como lo exige la Ley 100 de 1993; asimismo, la demandante manifestó su voluntad de permanecer en el RAIS, efectuó aportes allí, tuvo la oportunidad de solicitar el retorno, sin embargo permaneció en RAIS; que la declaratoria de ineficacia, afecta la sostenibilidad financiera del sistema; que la demandante firmó el formulario de afiliación que hace constar que era consciente de lo que estaba haciendo y ratificaba su decisión de traslado, asumiendo las consecuencias de él, por lo que la pretensión no está llamada a prosperar.

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Recibidas las diligencias en esta Corporación, mediante auto del 16 de enero de 2023, se admitió el recurso de apelación interpuesto, 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. 04, C002).

Las partes presentaron alegaciones, reiterando los argumentos expuestos en la demanda, su contestación y el recurso (arch. 06, 08 y 11, C002).

VI. ACLARACIÓN PREVIA

Resulta necesario aclarar que, la suscrita Magistrada Ponente no comparte las consideraciones reiteradas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en aquellos asuntos referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, 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 artículos 66A y 69 del CPTSS, el problema jurídico a resolver, consiste en verificar si el traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, surtió plenos efectos jurídicos, o si por el contrario, fue ineficaz por falta de información suficiente por parte de la administradora 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 8 de diciembre de 1964; **ii)** cotizó a través del Instituto de Seguros Sociales hoy Colpensiones desde el 1º de junio de 1988 hasta el 31 de julio de 1995, un total de 348 semanas; y, **iii)** se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP Porvenir, el 28 de julio de 1995, en la que se encuentra afiliada en la actualidad (pág. 18, 23 a 27, 29 y 41, arch. 04, C001).

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

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

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

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

Adicionalmente, conforme a la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, las Administradoras de fondos de

pensiones ostentan una responsabilidad de carácter profesional. Así, en sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008 rad. 31989 reiterada en la CSJ SL, 6 dic. 2011 rad. 31314, expresó:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En esta providencia, también se dijo:

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

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

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

Así las cosas, conforme la jurisprudencia en cita, al alegarse la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar

el cumplimiento del deber de información, clara, veraz, comprensible y suficiente, corresponde al fondo de pensiones, desde su creación, sin importar si el afiliado era o no beneficiario del régimen de transición, o tenía una expectativa pensional legítima para el momento del traslado, o se encuentra en la prohibición legal de traslado, ya que todo esto resulta inane para la aplicación del precedente de la Sala de Casación Laboral citado.

En el caso que ocupa la atención de esta Sala, la demandante se vinculó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP Porvenir desde el 28 de julio de 1995, AFP a la que se encuentra actualmente afiliada, y si bien en el formulario de vinculación 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, y toda la allí contenida, 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 Porvenir, que en verdad hubiese suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración del acto jurídico de traslado de régimen, para establecer de manera fehaciente la existencia de un consentimiento informado por parte del afiliado para esa época, tal como lo concluyó el *a quo*, la sanción jurídica a ese incumplimiento, es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico de la afiliación al régimen de ahorro individual, y se **confirmará** la decisión de declarar la **INEFICACIA DEL TRASLADO** de régimen pensional realizado por el demandante el 28 de julio de 1995, con su afiliación a la AFP Porvenir.

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 todas las administradoras de fondos de pensiones respectivas deben devolver con destino a Colpensiones, la totalidad de aportes pensionales efectuados con ocasión del traslado, así como los rendimientos financieros, bonos pensionales, primas de seguros previsionales, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima y gastos de administración, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, discriminados con sus respectivos valores y con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aporte pagado, y demás conceptos objeto de devolución (CSJ SL1022-2022, CSJ SL1017-2022, CSJ SL1125-2022), puesto que dichos valores pertenecen al Sistema General de Seguridad Social, y resultan necesarios para la financiación de las prestaciones económicas que correspondan en el régimen de prima media, en los términos de la jurisprudencia vigente.

Por lo expuesto, se **adicionará** el numeral **segundo** de la sentencia, para ordenar a la AFP Porvenir, la devolución de los conceptos ordenados por el *a quo con cargo a sus propios recursos*, debidamente indexados, esto es, los valores descontados de los aportes efectuados con ocasión de la vinculación del demandante, por concepto de gastos de administración, primas de seguros previsionales y porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima.

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

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,

¹ CSJ SL1688-2019.

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR el numeral **segundo** de la sentencia proferida el 20 de octubre de 2022, por el Juzgado 40 Laboral del Circuito de Bogotá DC, en cuanto a que, la **Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir SA**, deberán devolver con destino a **Colpensiones**, además de los conceptos allí relacionados, los valores descontados de los aportes efectuados con ocasión de la vinculación del demandante, por concepto de gastos de administración, primas de seguros previsionales y porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, 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



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Magistrado

Hipervínculo al expediente digital*

https://etbcsj-my.sharepoint.com/:f/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/EgKdebdCZB9Cqb63sEzAVvkBZeazfHQG5iU48SoOJhBfcQ?e=rtSvbw

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: **4bf19e66fc058c0d8ee5daaf0beea03a1d3800364541c123e2b9df60e6e7e5cb**

Documento generado en 02/08/2023 08:25:06 AM

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

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