



DEMANDANTE:	Yaneth Cecilia Romero Gamarra
DEMANDADA:	Colpensiones y Porvenir SA
TIPO DE PROCESO	Ordinario Laboral
TEMA	Ineficacia
DECISIÓN:	Adiciona y confirma
RADICADO Y LINK:	11001-31-05-020-2022-00303-01 11001310502020220030301

En Bogotá DC, a los veintidós (22) días de marzo de dos mil veinticuatro (2024), la Sala Segunda de Decisión Laboral, conformada por los **Magistrados Luz Marina Ibáñez Hernández, Rafael Albeiro Chavarro Poveda, y Claudia Angélica Martínez Castillo**, quien actúa como ponente, se reunió para resolver los recursos de apelación interpuestos por Porvenir y **Colpensiones**, y el grado jurisdiccional de consulta que se surte en favor de la segunda, frente a la decisión adoptada por el **Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá DC**, en el proceso ordinario adelantado por la señora **Yaneth Cecilia Romero Gamarra** en contra de las demandadas.

Una vez agotado el procedimiento previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la Sala profiere, por escrito, la siguiente:

SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

I. ANTECEDENTES:

1.1. PRETENSIONES.

Pretende la demandante la declaratoria de nulidad o ineficacia de su vinculación y traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -en adelante -RAIS- administrado por AFP Porvenir desde mayo de 1999; que se declare que permanecido afiliada sin solución de continuidad en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida -en adelante RPM- hoy administrado por Colpensiones. En

consecuencia, se ordene a Porvenir SA, trasladar a Colpensiones la totalidad de los aportes junto con sus rendimientos y/o intereses moratorios y a Colpensiones a recibir los aportes; extra y ultra petita; costas y agencias en derecho (pág. 1, PDF 01, C01).

1.2. HECHOS

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que estuvo afiliada al Instituto de Seguros Sociales hoy Colpensiones desde el 2 de septiembre de 1993 al 15 de marzo de 1999 cuando se trasladó al RAIS a través de Porvenir (Pág. 68, PDF 07, C01); pero que dicha decisión no fue informada, autónoma y consciente, ya que no se le brindó una asesoría completa, integral y veraz donde se le explicaran los beneficios y desventajas del traslado de régimen pensional. Señaló que solicitó la nulidad de la afiliación ante Colpensiones y Porvenir SA, y que fue despachada desfavorablemente.

1.3. TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA.

Admitida la demanda e integrada la litis, las demandadas se pronunciaron de forma oportuna, así:

Colpensiones, se opuso a las pretensiones de la demanda, pero aceptó los hechos relacionados a la fecha de nacimiento de la demandante, a la vinculación al RPMPD; que el actor presentó el agotamiento de la reclamación administrativa, solicitud que fue negada. Se opuso a las pretensiones de la demanda y para derruirlas formuló las excepciones de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del código civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPMPD, prescripción de la acción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas (pdf. 05, *ídem*).

Porvenir SA contestó que son ciertos los hechos referentes a la fecha de nacimiento del demandante y la afiliación a esa AFP, negó los hechos respecto al traslado, e indicó que se hizo de forma informada, libre y voluntaria. Se opuso a las pretensiones de la demanda. Formuló como excepciones las de prescripción, cosa juzgada, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido, buena fe (pdf. 07, C01).

1.4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá DC, mediante sentencia del 22 de febrero de 2023, dispuso:

PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA de la afiliación o traslado de Régimen pensional de Prima Media con Prestación definida al de Ahorro Individual con Solidaridad, efectuado por la señora YANETH CECILIA ROMERO GAMARRA, a la AFP PORVENIR el 01 DE MAYO DE 1999. conforme a lo considerado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: DECLARAR como aseguradora del demandante la señora YANETH CECILIA ROMERO GAMARRA, para los riesgos de invalidez, vejez y muerte a LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES como actual y única entidad administradora del RPM.

TERCERO: ORDENAR a la AFP PORVENIR S.A a DEVOLVER los aportes girados a su favor por concepto de cotizaciones obligatorias a pensiones del afiliado la señora YANETH CECILIA ROMERO GAMARRA, junto con los rendimientos financieros causados, con destino a COLPENSIONES y los bonos pensionales si los hubiese a su respectivo emisor.

CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones de Cosa Juzgada y Prescripción.

QUINTO: ABSOLVER a las demandadas de las demás pretensiones incoadas en su contra.

SEXTO: CONDENAR en costas a COLPENSIONES y a la AFP PORVENIR S.A. Tásense por Secretaría incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a TRES (3) Salarios Mínimos Mensuales Legales Vigentes, pagaderos a cuota parte.

SEPTIMO: REMÍTASE el proceso al superior para que se surta el grado jurisdiccional de CONSULTA.

Minuto 51

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 la AFP no demostró haberle suministrado a la actora información relevante, veraz y completa respecto del cambio de régimen y las modalidades de pensión en ese régimen, y que los formularios de vinculación por sí solos no constituyen prueba suficiente para dar por establecido que la información fue veraz, ni menos se probó el consentimiento informado para tomar la decisión de traslado la afectación del riesgo de la sostenibilidad financiera (PDF 09, *ídem*).

1.5. RECURSO DE APELACIÓN

Colpensiones apeló la decisión y manifestó que la demandante se encuentra en la imposibilidad de retorno al RPM; que para la fecha del traslado solo le era exigible el diligenciamiento del formulario y la información contenida en ese documento, así como que la demandante tenía la responsabilidad de haberse informado sobre las consecuencias de permanecer en un fondo privado, lo que impide la demostración

de un vicio en el consentimiento. Y acotó que la decisión afecta el principio de sostenibilidad financiera por la sobrecarga en el régimen de prima media. Finalmente, cuestiona la decisión del juez a quo sobre la condena en costas.

1.6. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Colpensiones presentó sus alegaciones, manifestando que la afiliación no es nula, y que la carga de la prueba le corresponde a la demandante quien deberá probar los vicios del consentimiento. En consecuencia, pide que se revoque la decisión del a quo (pdf. 06, C02).

El apoderado de la parte **demandante** solicitó la confirmación de la decisión, argumentando que se encuentra demostrada la falta de información por parte de la AFP (pdf. 11, Idem).

El apoderado de **Porvenir SA** expresó que no se probaron los elementos constitutivos de la nulidad absoluta o relativa del acto de traslado, ni que se haya configurado un vicio del consentimiento, por el contrario, el traslado se realizó de manera libre, voluntaria y consiente, de acuerdo con el formulario de afiliación suscrito por la demandante, y que ésta no hizo uso del traslado para retornar al RPM. Respecto del pago de la devolución de los gastos de administración y de los seguros previsionales, recordó que tienen una destinación específica, y los segundos fueron trasladados a la compañía aseguradora con la que se contrató la cobertura, con la finalidad de proporcionar al afiliado el aseguramiento de los riesgos de invalidez y muerte, por ello las invirtió conforme con la estructura del RAIS, y por ello no procede su devolución (pdf. 13, C02).

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

2.1. PRESUPUESTOS PROCESALES Y ALCANCE DEL RECURSO.

Conoce la Sala del recurso de apelación y de la consulta de la sentencia a favor de Colpensiones de conformidad con lo señalado en los artículos 66A y 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

2.2. PROBLEMA JURÍDICO

Esta Sala analizará, si acertó el juez al declarar la ineficacia del traslado de la demandante Yaneth Cecilia Romero Gamarra al RAIS, con el consecuente regreso al RPM administrado por Colpensiones, y establecer las consecuencias derivadas de ello.

2.3. HECHOS RELEVANTES PROBADOS

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: i) la demandante nació el 3 de noviembre de 1962 (pág. 29, pdf. 01, C01); ii) cotizó al RPM a través del ISS hoy Colpensiones desde el 13 de julio de 1990 al 24 de mayo de 1994 (pág. 30, *ídem*); iii) el 1 de octubre de 1997 se trasladó al RAIS administrado por Colpatria hoy Porvenir SA mediante la suscripción del formulario de afiliación fechado 24 de mayo de 1994 (pág. 49, *ídem*), como se acredita con la historial laboral de Porvenir SA (pág. 38, pdf. 04, c01) administradora en la que está afiliada y reporta 1477 semanas conforme la historia laboral aportada.

2.4. INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL.

El primer aspecto es recordar que, según el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, la selección de cualquiera de los regímenes previstos en el literal a) de esa disposición es libre y voluntaria, de manera que, cuando cualquier persona natural o jurídica, desconozca ese derecho, se hará acreedor a las sanciones del inciso 1º del artículo 271 de la misma ley, y en virtud de ésta norma, cualquier persona que atente contra el derecho del trabajador a su afiliación, traerá como consecuencia que la afiliación quede sin efecto.

Aunque la afiliación es libre y voluntaria, las administradoras de pensiones están compelidas a cumplir con el deber de información, por lo que la decisión de traslado tiene que estar precedida del cumplimiento de ese mandato, tal como lo dispone el artículo 97, numeral 1º del Decreto 663 de 1993, que la misma debe ser transparente a los afiliados, *«de suerte que les permita, mediante elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado y tomar decisiones informadas»*.

Por información necesaria, la Sala de Casación Laboral ha afirmado que comprende:

(...)la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones», y respecto a la transparencia, ha explicado que implica la obligación de dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, «los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios» (CSJ SL1452-2019, reiterada en SL1688-2019 y SL1689-2019).

Así, el fondo de pensiones es responsable de proporcionar e indicar al usuario que pretende trasladarse de régimen, los elementos determinantes para tomar una decisión informada. En ese orden, el traslado no surte efectos cuando se le oculta información o no se le brinda en forma completa, porque en ese caso no existe una decisión verdaderamente libre y voluntaria, ya que la determinación de trasladarse de régimen pensional puede variar según la información que se brinde (sentencias CSJ SL373-2021 MP Clara Cecilia Dueñas Quevedo; CSJ SL12136-2014 MP Elsy del Pilar Cuello Calderón y CSJ SL17595-2017 sentencia de instancia).

Por lo tanto, no es posible evidenciar un verdadero consentimiento informado en quien carece de los elementos suficientes para adoptar una decisión adecuada a sus circunstancias particulares, de manera que es insuficiente afirmar que la afiliada expresó su voluntad al permanecer en el RAIS y que su vinculación conserva validez, cuando la administradora incumplió la obligación de brindarle la información necesaria, en obediencia a lo establecido en los artículos 2 y 12 del Decreto 663 de 1993.

De este modo, como la afiliada adujo la falta de información o la mala entrega de ésta por parte de la AFP, la administradora tiene sobre sí la carga de demostrar el cumplimiento de esa obligación, por cuanto: «*la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo*» (artículo 1604 CC), en ese orden, Porvenir SA es quien debe probar en contrario, es decir, que sí proporcionó la información completa y suficiente, en las etapas preparatorias y previas al traslado. Como la entidad cuenta con los medios técnicos y los conocimientos respecto a los servicios que ofrece, era quien debía probar que brindó una asesoría integral y completa a la demandante al momento de su traslado, y/o migración en el mismo, analizando las circunstancias particulares de su caso.

Se reitera que la carga de la prueba, sin importar la circunstancia particular de la afiliada, está a cargo de las AFP, toda vez que: (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede

desvirtuar 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 es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento, y (iii) no es razonable invertir la carga de la prueba en contra de la otra parte de la relación contractual, ya que las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia respecto al afiliado lego (CSJ SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689-2019 y SL4426-2019).

En ese orden, la constatación de que se cumplió con el deber de información es ineludible, por lo que la simple firma del formulario de afiliación es insuficiente para acreditar el consentimiento informado de la afiliada. Este es el criterio postulado por la CSJ en su Sala Laboral, en la sentencia SL19447-2017:

el acto de afiliación o traslado de régimen pensional debe estar acompañado de la decisión libre y voluntaria del afiliado, la cual no se limita a la simple manifestación de quien decide trasladarse, sino que debe ajustarse a los parámetros de libertad informada, es decir, la solicitud y trámite de traslado de régimen pensional, debe estar precedida de una información clara, comprensible y suficiente, sobre las consecuencias favorables y desfavorables que su decisión acarrea» (CSJ SL7561-2021, CSJ SL5595-2021, CSJ3719-2021),

Ahora, el hecho de que la afiliada hubiese suscrito el formulario de vinculación o que en el mismo se empleen leyendas o afirmaciones tales como que «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otras similares que suelen consignarse en los formatos preimpresos, no liberan a las AFP de su obligación de cumplir de manera rigurosa y de buena fe su deber de información. A lo sumo, estas expresiones sirven para acreditar un consentimiento sin vicios, pero no uno debidamente informado (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31314, SL, 22 nov. 2011, rad. 33083, SL4964-2018, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018, SL1421-2019 y SL2877-2020).

El argumento referente a que se impone una obligación inexistente al momento de la vinculación no es acertado por cuanto desde la creación de las AFP, estaban compelidas a suministrar información objetiva, comparada y transparente sobre las características, **ventajas y desventajas** de cada uno de los regímenes pensionales, así como de las **consecuencias jurídicas del traslado**, como lo preceptúa el artículo 97, numeral 1º del Decreto 663 de 1993, en armonía con el artículo 13, literal

b) de la Ley 100 de 1993 (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689-2019, SL3464-2019, SL4360-2019, SL2611-2020, SL4806-2020 y SL373-2021).

En sus deberes estaba informar, verbigracia, las diferentes modalidades pensionales, que el valor de la pensión de vejez en el RAIS depende del capital consignado en la cuenta de ahorro individual; que si no completa el capital suficiente para obtener por lo menos una pensión mínima -equivalente al 110% del SMLMV a la fecha de expedición de la Ley 100 de 93, actualizado con el IPC (Índice de Precios al Consumidor), debe seguir cotizando, si es o no beneficiario del régimen de transición pensional y las ventajas que se derivan del mismo, así como efectuarle las proyecciones aritméticas y los comparativos necesarios hacia el futuro de ambas opciones, con el cálculo aproximado del monto pensional que le correspondería, y en fin, mostrarle a la afiliada **con detalle**, las **ventajas y desventajas** de tomar la decisión de traslado de régimen pensional, para que la misma sea realmente libre y voluntaria.

Luego hay que insistir en que, la labor del funcionario del fondo privado de pensiones en el momento previo a hacer efectivo el traslado de régimen, debe trascender al «*deber del buen consejo*», como lo ha señalado la jurisprudencia laboral, en la medida que es responsabilidad de dichas administradoras y de sus promotores y/o asesores, velar por la información entregada a sus usuarios -art. 10 D.720/94- por el cual se reglamentaron los artículos 105 y parcialmente el 287 de la Ley 100 de 1993.

Ahora, aunque Porvenir SA haya afirmado al contestar la demanda que a la demandante le brindaron la asesoría requerida suficiente para el caso, y del derecho que tenía de trasladarse de régimen pensional (pdf. 04, C01), la Sala no encuentra demostración de que rebata la negación indefinida de la actora que no la recibió. La demandante no confesó ni aceptó que conocía el régimen, que a la empresa donde laboraba para la época llegaron los empleados de Colpatria, indicando que como algo masivo no hubo una explicación profunda, por el contrario, dijo que no conocía las características de ambos regímenes, y menos las ventajas, desventajas y consecuencias de su traslado.

Por ello, la Sala concluye que se incumplió uno de los presupuestos para la eficacia del acto de traslado de régimen pensional, como es, el deber de información, cuya ausencia, dada su incidencia en el derecho a la pensión de vejez, trae como

consecuencia la declaración de ineficacia del traslado, y que las cosas vuelvan al estado anterior en el que se encontraban antes de aquella, como que la demandante nunca se trasladó al RAIS. Razón por la que en este punto se confirmará la decisión de primer grado.

2.5. CONSECUENCIAS DE LA DECLARATORIA DE INEFICACIA DEL TRASLADO.

La declaratoria de ineficacia implica que las cosas vuelven al mismo estado en que se hallarían de no haber existido el cambio, esto es, se priva de todo efecto práctico al traslado *«bajo la ficción jurídica de que aquella nunca se trasladó al RAIS o, más bien, siempre estuvo afiliada al régimen de prima media con prestación definida»* (CSJ SL1689-2017).

Considera la Corporación que, al declararse la ineficacia del traslado de la demandante del RPM al RAIS, **todos los actos jurídicos que se celebraron tras la suscripción de dicha afiliación pierden su fuerza vinculante**; por lo que es legítimo que Porvenir SA traslade a Colpensiones no solo los valores existentes en la cuenta de ahorro individual con los rendimientos financieros, sino también, los porcentajes destinados a gastos de administración, primas de seguros previsionales y al fondo de garantía de pensión mínima, **sin que la AFP pueda conservar ningún valor descontado de la cotización.**

Así lo ha determinado la jurisprudencia uniforme de nuestro órgano de cierre jurisdiccional desde la sentencia con Rad 31989 del 9 de sept/08, M.P. Eduardo López Villegas, reiterada en las SL 4989 y 4964 del 14 de nov/18, radicados 47.125 y 54.814, respectivamente, M.P. Gerardo Botero Zuluaga, SL 1688 del 8 mayo/19, SL 2877 del 29/07/2020, Rad. 78667, M.P Clara Cecilia Dueñas Quevedo, SL 3034 Rad. 86961 del 07/07/2021; 3571 Rad. 88476 del 04/08/2021; 3708 Rad 88556 del 18/08/2021; 3709 Rad. 88875 y 3710 Rad. 88550 del 18/08/2021; 3769 Rad, 84296 del 11/08/2021, SL755 Rad 90519, SL756 Rad 90548 del 09/03/2022 y SL1019 Rad 87915 del 16/03/2022, M.P Luis Benedicto Herrera Díaz; y SL843 Rad 85499 del 16/03/2022 M.P Gerardo Botero Zuluaga.

Ahora bien, ante la orden de traslado, y si bien no se solicitó como pretensión de la demanda la indexación, de conformidad con los parámetros establecidos en reciente jurisprudencia, esta Corporación procede de oficio a ordenar que los gastos

de administración, las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y los aportes al fondo de garantía de pensión mínima, sean trasladados debidamente indexados, a favor de Colpensiones y con cargo de los recursos propios de los fondos privados. Como se determinó en la sentencia SL-359 de 2021 y especialmente la SL-950 de 2022, en la que se señala:

... 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 sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones. Criterio que resulta igualmente aplicable respecto del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.

Por consiguiente, se confirmará la devolución de todos los conceptos ordenados en primera instancia, debidamente indexados.

En sede del grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, la Sala adicionará la decisión para precisar que todas las obligaciones de traslado impuestas a Porvenir SA, deberán hacerse con el suministro de la información prevista en el artículo 2.2.2.4.8 del Decreto 1833 de 2016 -por medio del cual se compilan las normas del Sistema General de Pensiones-, dentro de los 30 días siguientes a la sentencia emitida, y entregando la historia laboral de la afiliada con la información discriminada y detallada por cada período cotizado, especificando cada valor, “...*junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen* ...”.

2.6. PRESCRIPCIÓN

La excepción de prescripción no está llamada a prosperar por cuanto la acción que involucra el tema de traslado de régimen pensional guarda relación inescindible con la causación, requisitos y valor de la pensión, ante ello se debe predicar la imprescriptibilidad de la presente acción, ver al respecto Sentencia SL-1421 de 2019, Radicado No. 56174 de 10 de abril de 2019.

En efecto, de manera reiterada y pacífica, la SCL de la Corte ha defendido la tesis de que las acciones judiciales encaminadas a que se compruebe la manera en que ocurrió un hecho o se reconozca un estado jurídico, son imprescriptibles. Lo anterior, bajo la premisa de que ni los hechos ni los estados jurídicos prescriben, a

diferencia de lo que ocurre con los derechos de crédito y obligaciones que de ello surjan.

2.7 COSTAS DEL PROCESO

Con relación al punto de impugnación relativo a la imposición de las costas impuestas a cargo de Colpensiones, debemos tener en cuenta que la condena que se emite en su contra no es por su actuar negligente u omisivo, sino que es la consecuencia de la ineficacia de una afiliación por la desidia que tuvo un tercero, en este caso la AFP, con la demandante; así que las condenas que hoy asume Colpensiones surgen de la declaratoria de ineficacia, por lo que no hay lugar a condenar a esta codemandada a las costas de primera instancia, y en tal sentido se revocará parcialmente el numeral quinto de la sentencia.

Costas de segunda instancia a cargo de Colpensiones y en favor de la demandante por no prosperar el recurso de apelación. Las agencias en derecho se fijan en \$1.160.000 pesos a cargo de esa entidad y en favor de la demandante.

Conforme con las razones fácticas, probatorias y de derecho expuestas en precedencia, la sentencia revisada en apelación y consulta se revoca parcialmente, se adiciona y confirmará.

En mérito de lo expuesto, la **SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ DC**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

IV. DECIDE:

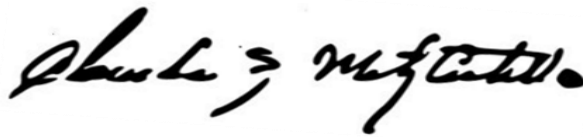
PRIMERO: **Adicionar** el numeral tercero de la sentencia proferida por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá DC, el 21 de febrero de 2023 dentro del proceso promovido por Yaneth Cecilia Romero Gamarra contra AFP Porvenir y Colpensiones, en cuanto a que AFP Porvenir deberá trasladar a **Colpensiones**, dentro de los 30 días siguientes a la sentencia, además de los conceptos dispuestos en la primera instancia y en esta sentencia debidamente indexados, la historia laboral del afiliado con la información discriminada y detallada por cada período cotizado, especificando cada valor, con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen, según las consideraciones de esta sentencia.

SEGUNDO: Revocar parcialmente la condena en costas en primera instancia en contra de Colpensiones. Costas de segunda instancia a cargo de Colpensiones, y en favor de la demandante por no prosperar el recurso de apelación. Las agencias en derecho se fijan en \$1.160.000 pesos para la recurrente.

TERCERO: Confirmar en lo demás la sentencia revisada en apelación y consulta, por los motivos antes expresados.

Notifíquese lo resuelto por **edicto, publíquese y cúmplase**,

Los magistrados,



CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO

Magistrada Ponente



LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ

Magistrada



RAFAEL ALBEIRO CHAVARRO POVEDA

Magistrado



DEMANDANTE:	Álvaro Pinzón Balcarcel.
DEMANDADA:	Colpensiones y Porvenir SA
TIPO DE PROCESO	Ordinario Laboral
TEMA	Ineficacia
DECISIÓN:	Adicionar y confirmar
RADICADO Y LINK:	11001310502120220019701 11001310502120220019701

En Bogotá DC, a los veintidós (22) días de marzo de dos mil veinticuatro (2024), la **Sala Segunda de Decisión Laboral, conformada por los Magistrados Luz Marina Ibáñez Hernández, Rafael Albeiro Chavarro Poveda, y Claudia Angélica Martínez Castillo**, quien actúa como ponente, se reunió para resolver los recursos de apelación interpuestos por las AFP Porvenir SA y Colpensiones, y el grado jurisdiccional de consulta que se surte en favor de ésta última, frente a la decisión adoptada por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá DC, en el proceso ordinario adelantado por el señor **Álvaro Pinzón Balcarcel** en contra de las recurrentes.

Una vez agotado el procedimiento previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la Sala profiere, por escrito, la siguiente:

SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

I. ANTECEDENTES:

1.1. PRETENSIONES.

Pretende el demandante se declare la ineficacia de su vinculación y traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida -en adelante RPMPD- administrado por el ISS hoy Colpensiones al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -en adelante -RAIS- administrado por Porvenir SA efectuado en el mes de junio de 1996; que se ordene el retorno a Colpensiones. En consecuencia, se

ordene a Porvenir SA trasladar a Colpensiones la totalidad de los aportes junto con sus rendimientos, y a Colpensiones a recibir los aportes y actualizar la historia laboral; extra y ultra petita; costas (págs. 94 a 95, pdf. 01, C01).

1.2. HECHOS

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que nació el 28 de mayo de 1958, estuvo afiliado en primera instancia al Foncep desde el año 1981 a diciembre de 1993 y luego continuo cotizando al Instituto de Seguros Sociales hoy Colpensiones desde el 29 de enero de 1996 al mes de mayo de 1996; posteriormente en el mes de junio de 1996 se afilió 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 donde se le explicaran los beneficios y desventajas del traslado de régimen pensional por el fondo privado.

1.3. TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA.

Admitida la demanda e integrada la litis, las demandas se pronunciaron de forma oportuna, así:

Porvenir SA se opuso a las pretensiones de la demanda; no aceptó los hechos de la demanda, señaló que no consta de los que relacionan un tercero ajeno a ese ente, y que le consta del estado de su afiliación al sistema general de pensiones porque está vinculado desde junio de 1996. Y negó los hechos referentes a una indebida o falsa información al momento de la vinculación a ese fondo, y que bajo la buena fe le indicaron los pormenores del funcionamiento, condiciones y características del RAIS en comparación con el RPM.

Formuló como excepciones las de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, restituciones mutuas y la genérica (pdf. 8, *ídem*).

Colpensiones al contestar solo aceptaron los hechos relativos a la fecha de nacimiento, de afiliación al RPMPD, del número de semanas cotizadas; de los demás, no constarle por ser circunstancias de tiempo, modo y lugar ajenas a esa entidad, y que otras son situaciones subjetivas que deberán probarse en el proceso.

Se opuso a las pretensiones y para derruirlas formuló las excepciones de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, la innominada o genérica (pdf. 09, *ídem*).

1.4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá DC, mediante sentencia del 14 de marzo de 2023, dispuso:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por el señor ÁLVARO PINZÓN BALCARCEL al régimen de ahorro individual el 5 de junio de 1996, con fecha de efectividad en la misma data por intermedio de PORVENIR S.A.; en consecuencia, declarar como afiliación válida la del régimen de prima media con prestación definida, administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.

SEGUNDO: CONDENAR a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los dineros que recibió por motivo de la afiliación por traslado de régimen del demandante -aportes pensionales, cotizaciones, bonos pensionales-, incluyendo los rendimientos generados por estos y los dineros destinados para la garantía de la pensión mínima; así como los gastos de administración, las comisiones y lo pagado por seguro previsional, debidamente indexados desde la afiliación a ese fondo y hasta que se efectúe su pago, los cuales debe asumir con cargo a sus propios recursos y utilidades, sin deducción alguna por gastos de traslado, contenidos en la cuenta de ahorro individual del señor ÁLVARO PINZÓN BALCARCEL. Para ello se concede el término de un (1) mes siguiente a la ejecutoria de esta providencia. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a activar la afiliación del demandante en el régimen de prima media con prestación definida y a actualizar su historia laboral.

CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, conforme a lo motivado.

QUINTO: CONDENAR en COSTAS DE ESTA INSTANCIA a las demandadas y a favor del demandante. Liquidense por Secretaría, incluyendo en ellas como agencias en derecho la suma de \$1.000.000 a cargo de PORVENIR S.A. y la suma de \$300.000 a cargo de COLPENSIONES.

Consideró que conforme a la línea jurisprudencial trazada por la Corte, lo procedente era declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional surtido por la demandante, en la medida en que la AFP demandada no probó haberle suministrado al actor información relevante, veraz y completa, ni al momento de su afiliación ni en su traslado de AFP, que los formularios de vinculación por sí solos no constituyen prueba suficiente para dar por establecido que la información fue veraz, ni se probó el consentimiento informado para tomar la decisión de traslado o la tesis de los actos de relacionamiento que muestren que fue interés de la demandante pertenecer al régimen de ahorro individual.

1.5. RECURSO DE APELACIÓN

Porvenir SA, indicó que se deben analizar las condiciones de cada caso en concreto; que, en ese orden, no se debe ordenar la devolución de los gastos de administración ni gastos previsiones, o cualquier sumas distintas a los aportes pensionales. Que no hay lugar a la devolución de los gastos de administración que tuvieron durante la administración de los recursos que solo pertenecen al RAIS, los cuales serían superiores a los del RPM y significarían un enriquecimiento sin causa cuando al no existir norma que disponga tal devolución. Cuestiona también la devolución de los aportes debidamente indexados.

Colpensiones manifestó en la sustentación del recurso, que en caso de demostrarse la indebida información suministrada a la demandante al momento de su traslado al RAIS, debe imponerse la condena a la AFP a la que se afilió inicialmente, para que esa ésta quien la afilie bajo las reglas del RPMPD; que no procede la ineficacia del afiliado que desea retornar cuando por ley no le asiste ese derecho, y que la orden de recibir a la afiliada que voluntariamente se trasladó al RAIS, menoscaba la sostenibilidad financiera de Colpensiones toda vez que los valores de los seguros previsionales del fondo de garantía de pensión mínima y fondo de solidaridad pensional, no se suplen el daño financiero.

1.6. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

La apoderada de Colpensiones aseguró que es inviable el traslado por no cumplir con el requisito previsto en el art. 2 de la ley 797 de 2023; adicionalmente, no se acreditó la existencia de vicios del consentimiento al momento del traslado. Por último, asevera que se presente una descapitalización del sistema, al permitir el retorno de afiliados que no han contribuido a los fondos pensionales.

La parte demandante presentó sus alegatos, asegurando que el afiliado nunca recibió información alguna por parte del fondo privado; que este no fue debidamente informado en ninguna de las etapas de su vida laboral sobre los beneficios que tenía, las ventajas y desventajas del mismo.

La apoderada de **Porvenir SA** expresó que no se configuraron los presupuestos de la ineficacia del traslado de régimen pensional, dado que se realizó de manera libre, voluntaria y consiente, tal y como se expresó en el formulario de afiliación y la entidad cumplió con la normatividad vigente, pudiendo la accionante trasladarse en

cualquier tiempo. Respecto del pago de la devolución de los gastos de administración y de los seguros previsionales, recordó que tienen una destinación específica, y los segundos fueron trasladados a la compañía aseguradora con la que se contrató la cobertura, con la finalidad de proporcionar al afiliado el aseguramiento de los riesgos de invalidez y muerte, por ello las invirtió conforme con la estructura del RAIS.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

2.1. PRESUPUESTOS PROCESALES Y ALCANCE DEL RECURSO.

Conoce la Sala de los recursos de apelación y de la consulta de la sentencia a favor de Colpensiones de conformidad con lo señalado en los artículos 66A y 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

2.2. PROBLEMA JURÍDICO

Esta Sala analizará, si acertó el juez al declarar la ineficacia del traslado del Álvaro Pinzón Balcarcel al RAIS, con el consecuente regreso al RPM administrado por Colpensiones, y establecer las consecuencias derivadas de ello.

2.3. HECHOS RELEVANTES PROBADOS

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: i) la demandante nació el 28 de mayo de 1958 (pág. 63-64, pdf. 01, C01); ii) cotizó al RPM a través del ISS hoy Colpensiones desde el 01 de abril al 30 de abril de 1996 (pág. 62-63, pdf. 09, C01); iii) el 5 de junio de 1996 se trasladó al RAIS administrado por Porvenir SA mediante la suscripción del formulario de afiliación de la fecha (pdf. 80, pdf. 08, *ídem*), con afiliación activa desde el mismo día como lo demuestra la certificación de Porvenir SA (pág. 118, *idem*), administradora en la que actualmente se encuentra afiliado con un total de 1.226 semanas conforme la historia laboral aportada (pág. 81-97, *idem*).

2.4. INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL.

El primer aspecto es recordar que, según el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, la selección de cualquiera de los regímenes previstos en el literal a) de esa

disposición es libre y voluntaria, de manera que, cuando cualquier persona natural o jurídica, desconozca ese derecho, se hará acreedor a las sanciones del inciso 1º del artículo 271 de la misma ley, de acuerdo con la cual, cualquier persona que atente contra el derecho del trabajador a su afiliación, traerá como consecuencia que la afiliación quede sin efecto.

Aunque la afiliación es libre y voluntaria, las administradoras de pensiones están compelidas a cumplir con el deber de información, por lo que la decisión de traslado esté precedida del cumplimiento de ese mandato, tal como lo dispone el artículo 97, numeral 1º del Decreto 663 de 1993, que la misma debe ser transparente a los afiliados, *«de suerte que les permita, mediante elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado y tomar decisiones informadas»*.

Por información necesaria, la Sala de Casación Laboral ha afirmado que comprende:

(...)la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones», y respecto a la transparencia, ha explicado que implica la obligación de dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, «los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios» (CSJ SL1452-2019, reiterada en SL1688-2019 y SL1689-2019).

Así, el fondo de pensiones es responsable de proporcionar e indicar al usuario que pretende trasladarse de régimen, los elementos determinantes para tomar una decisión informada. En ese orden, el traslado no surte efectos cuando se le oculta información o no se le brinda en forma completa, porque en ese caso no existe una decisión verdaderamente libre y voluntaria, ya que la determinación de trasladarse de régimen pensional puede variar según la información que se brinde (sentencias CSJ SL373-2021 MP Clara Cecilia Dueñas Quevedo; CSJ SL12136-2014 MP Elsy del Pilar Cuello Calderón y CSJ SL17595-2017 sentencia de instancia).

Por lo tanto, no es posible evidenciar un verdadero consentimiento informado en quien carece de los elementos suficientes para adoptar una decisión adecuada a sus circunstancias particulares, de manera que es insuficiente afirmar que la afiliada expresó su voluntad al permanecer en el RAIS y que su vinculación conserva validez, cuando ambas administradoras incumplieron la obligación de brindarle la

información necesaria, en obediencia a lo establecido en los artículos 2 y 12 del Decreto 663 de 1993, vigentes a la fecha del traslado y de la migración entre el RAIS.

De este modo, como el afiliado adujo la falta de información o la mala entrega de esta por parte de las AFP, éstas tienen sobre sí la carga de demostrar el cumplimiento de esa obligación, por cuanto: «*la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo*» (artículo 1604 CC), en ese orden, Porvenir SA es quien debía probar en contrario, que sí proporcionaron la información completa y suficiente, en las etapas preparatorias y previas al traslado, porque cuentan con los medios técnicos y los conocimientos respecto a los servicios que ofrecen, es decir, era quienes debían arrojar elementos de convicción respectivamente en el proceso que se brindó una asesoría personalizada y completa al demandante al momento de su traslado, y/o migración en el mismo, analizando las circunstancias particulares de su caso.

Se reitera que la carga de la prueba, sin importar la circunstancia particular del afiliado, está a cargo de las AFP, toda vez que: (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuar 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 es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento, y (iii) no es razonable invertir la carga de la prueba en contra de la otra parte de la relación contractual, ya que las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia respecto al afiliado lego (CSJ SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689-2019 y SL4426-2019).

En ese orden, la constatación de que se cumplió con el deber de información es ineludible, por lo que la simple firma del formulario de afiliación es insuficiente para acreditar el consentimiento informado del afiliado. Este es el criterio postulado por la CSJ en su Sala Laboral, en la sentencia SL19447-2017:

el acto de afiliación o traslado de régimen pensional debe estar acompañado de la decisión libre y voluntaria del afiliado, la cual no se limita a la simple manifestación de quien decide trasladarse, sino que debe ajustarse a los parámetros de libertad informada, es decir, la solicitud y trámite de traslado de régimen pensional, debe estar precedida de una información clara, comprensible y suficiente, sobre las consecuencias

favorables y desfavorables que su decisión acarrea» (CSJ SL7561-2021, CSJ SL5595-2021, CSJ3719-2021),

Ahora, el hecho de que la afiliada hubiese suscrito el formulario de vinculación o que en el mismo se empleen leyendas o afirmaciones tales como que «*la afiliación se hace libre y voluntaria*», «*se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones*» u otras similares que suelen consignarse en los formatos preimpresos, no liberan a las AFP de su obligación de cumplir de manera rigurosa y de buena fe su deber de información. A lo sumo, estas expresiones sirven para acreditar un consentimiento sin vicios, pero no uno debidamente informado (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31314, SL, 22 nov. 2011, rad. 33083, SL4964-2018, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018, SL1421-2019 y SL2877-2020).

El argumento referente a que se impone una obligación inexistente al momento de la vinculación no es acertado por cuanto desde la creación de las AFP, estaban compelidas a suministrar información objetiva, comparada y transparente sobre las características, **ventajas y desventajas** de cada uno de los regímenes pensionales, así como de las **consecuencias jurídicas del traslado**, como lo preceptúa el artículo 97, numeral 1º del Decreto 663 de 1993, en armonía con el artículo 13, literal b) de la Ley 100 de 1993 (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689-2019, SL3464-2019, SL4360-2019, SL2611-2020, SL4806-2020 y SL373-2021).

En sus deberes estaba informar, por ejemplo, de las diferentes modalidades pensionales, que el valor de la pensión de vejez en el RAIS depende del capital consignado en la cuenta de ahorro individual; que si no completa el capital suficiente para obtener por lo menos una pensión mínima -equivalente al 110% del SMLMV a la fecha de expedición de la Ley 100 de 1993, actualizado con el IPC (Índice de Precios al Consumidor), debe seguir cotizando, si es o no beneficiario del régimen de transición pensional y las ventajas que se derivan del mismo, así como efectuarle las proyecciones aritméticas y los comparativos necesarios hacia el futuro de ambas opciones, con el cálculo aproximado del monto pensional que le correspondería, y en fin, mostrarle al afiliado **con detalle**, las ventajas y desventajas de tomar la decisión de traslado de régimen pensional, para que la misma sea realmente libre y voluntaria. Labor que debe trascender al «*deber del buen consejo*», como lo ha señalado la jurisprudencia laboral, en la medida que es responsabilidad de dichas administradoras y de sus promotores y/o asesores, velar por la información entregada a sus usuarios -art. 10 D.720/94- por el cual se reglamentaron los artículos 105 y parcialmente el 287 de la Ley 100 de 1993.

Ahora, aunque Porvenir SA afirman en sus alegatos que al demandante le brindaron la asesoría requerida suficiente para el caso, y que ésta conocía ambos regímenes, la Sala no encuentra demostración de que rebata la negación indefinida del actor de que no la recibió. Observándose que el demandante no confesó ni aceptó que conocía el régimen, por el contrario, solo permitió evidencian un conocimiento vago o somero, mas no que conociera todas las características de ambos regímenes, las ventajas, desventajas y consecuencias que implicaba su traslado.

Bajo tales premisas, la Sala concluye que se incumplió uno de los presupuestos para la eficacia del acto de traslado de régimen pensional, como es, el deber de información, cuya ausencia, dada su incidencia en el derecho a la pensión de vejez, trae como consecuencia la declaración de ineficacia del traslado, y que las cosas vuelvan al estado anterior en el que se encontraban antes de aquella, como que el demandante nunca se trasladó al RAIS. Razón por la que en este punto se confirmará la decisión de primer grado.

2.5. CONSECUENCIAS DE LA DECLARATORIA DE INEFICACIA DEL TRASLADO.

Bajo esa tesitura, la declaración de ineficacia de traslado implica que las cosas vuelven al mismo estado en que se hallarían de no haber existido el cambio, esto es, se priva de todo efecto práctico al traslado *«bajo la ficción jurídica de que aquella nunca se trasladó al RAIS o, más bien, siempre estuvo afiliada al régimen de prima media con prestación definida»* (CSJ SL1689-2017).

Reflexiona la Corporación que la consecuencia jurídica es que **todos aquellos actos jurídicos que se celebraron con posterioridad a la suscripción de dicha afiliación pierden su fuerza vinculante**; por lo que es legítimo que Porvenir SA traslade a Colpensiones no solo el saldo de la cuenta de ahorro individual con los rendimientos financieros, sino también, los porcentajes destinados a gastos de administración, primas de seguros previsionales y al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados, **sin que ninguna de las AFP pueda conservar ningún valor descontado de la cotización**, como lo ha determinado la jurisprudencia uniforme de nuestro órgano de cierre jurisdiccional desde la sentencia con Rad 31989 del 9 de sept/08, M.P. Eduardo López Villegas, reiterada en las SL 4989 y 4964 del 14 de nov/18, radicados 47.125 y 54.814,

respectivamente, M.P. Gerardo Botero Zuluaga, SL 1688 del 8 mayo/19, SL 2877 del 29/07/2020, Rad. 78667, M.P Clara Cecilia Dueñas Quevedo, SL 3034 Rad. 86961 del 07/07/2021; 3571 Rad. 88476 del 04/08/2021; 3708 Rad 88556 del 18/08/2021; 3709 Rad. 88875 y 3710 Rad. 88550 del 18/08/2021; 3769 Rad, 84296 del 11/08/2021, SL755 Rad 90519, SL756 Rad 90548 del 09/03/2022 y SL1019 Rad 87915 del 16/03/2022, M.P Luis Benedicto Herrera Díaz; y SL843 Rad 85499 del 16/03/2022 M.P Gerardo Botero Zuluaga.

Corolario de lo antes expuesto, no comparte la Sala los argumentos expuestos por la apoderada judicial de Porvenir SA relativos a que no procede la devolución de las cuotas de administración, si bien del artículo 20 de la Ley 100 de 1993 se desprende que los mismos están previstos tanto para el RPM como para el RAIS, y en los artículos 60 y 104 de la referida ley se establece su pago a cargo de los afiliados, lo cierto es que ante la declaratoria de la ineficacia del traslado de régimen pensional, al volver las cosas al estado en el que se encontraban antes de la misma, éstos no se pueden generar en favor de la Administradora del Fondo privado de pensiones demandada sin atender a motivos de que su actuación estuvo revestida de buena fe por su gestión.

Ahora bien, ante la orden de traslado, y si bien no se solicitó como pretensión de la demanda la indexación, de conformidad con los parámetros establecidos en reciente jurisprudencia, esta Corporación procede de oficio a ordenar que los gastos de administración, las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y los aportes al fondo de garantía de pensión mínima, sean trasladados debidamente indexados, a favor de Colpensiones y con cargo de los recursos propios de los fondos privados. Como se determinó en la sentencia SL-359 de 2021 y especialmente la SL-950 de 2022, en la que se señala:

... 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 sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones. Criterio que resulta igualmente aplicable respecto del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.

En grado de consulta que se surte en favor de Colpensiones, atendiendo los reparos respecto de la forma en que se debe imponer las condenas a fin de que la AFP Porvenir SA, a la cual se trasladó la actora del RAIS inicialmente, sea quien asuma la cobertura de la afiliación al sistema general de pensiones bajo los lineamientos

del RPMPD; se insiste que al estar acreditado en el caso concreto que se incumplió uno de los presupuestos para la eficacia del acto de traslado de régimen pensional, como es, el deber de información, cuya ausencia, dada su incidencia en el derecho pensional, trae como consecuencia la declaración de ineficacia del traslado de régimen pensional, y con ello, que las cosas vuelvan al estado anterior en el que se encontraban antes de aquella como que el demandante nunca se trasladó al RAIS. Por lo que contrario a los argumentos expuestos por el recurrente, y en atención al artículo 13 de la Ley 100 de 1993, y el artículo 271, inciso primero de la misma ley y el precedente jurisprudencial de nuestro órgano de cierre constitucional, no es que la AFP Porvenir SA deba asumir la posible pensión de vejez que cause el demandante, junto con la posterior subrogación pensional; sino que lo procedente en estos casos es que el afiliado retorne al RPMPD, sin solución de continuidad.

En este caso, la declaratoria de ineficacia es producto del incumplimiento por parte de la AFP de su deber legal de dar al afiliado información clara, oportuna, veraz y eficaz, antes del traslado y/o afiliación; obligación de la administradora de pensiones y no en la aseguradora con quien contrató la protección del seguro previsional de invalidez y sobrevivencia, conforme a la previsión establecida en los artículos 70 y 77 de la Ley 100 de 1993, por lo que las consecuencias de la ineficacia del traslado solo pueden afectar directamente a quien la ocasionó.

De la obligatoriedad del pago del seguro previsional para el financiamiento y monto de la pensión de sobrevivientes y de invalidez tanto en el RAIS como en el RPM, la jurisprudencia ha conceptuado en sentencias como la SL1964 de 2022 lo siguiente:

Estos seguros, de naturaleza especial, se encuentran incluidos dentro del propio concepto de régimen de ahorro individual con solidaridad ya que conforme al artículo 59 de la Ley 100 de 1993 este régimen *«es el conjunto de entidades, normas y procedimientos, mediante los cuales se administran los recursos privados y públicos destinados a pagar las pensiones y prestaciones que deban reconocerse a sus afiliados, de acuerdo con lo previsto en este Título»*. y dentro de las características del artículo 60 literales a) y b) se encuentra que:

ARTICULO 60. Características. El Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad tendrá las siguientes características:

a) Los afiliados al régimen tendrán derecho al reconocimiento y pago de las pensiones de vejez, de invalidez y de sobrevivientes, así como de las indemnizaciones contenidas en este Título, cuya cuantía dependerá de los aportes de los afiliados y empleadores, sus rendimientos financieros, y de los subsidios del Estado, cuando a ellos hubiere lugar.

b) . Una parte de los aportes mencionados en el literal anterior, se capitalizará en la cuenta individual de ahorro pensional de cada afiliado. Otra parte se destinará al pago de primas de seguros para atender las pensiones de invalidez y de

sobrevivientes y la asesoría para la contratación de la renta vitalicia, financiar el Fondo de Solidaridad Pensional y cubrir el costo de administración del régimen.

Lo cual se ratifica en los artículos 70 y 76 del estatuto pensional, al contemplar como una de las fuentes financieras para honrar el pago de las pensiones de invalidez y sobrevivientes, la suma adicional necesaria para completar el capital que financie el monto de la pensión, la cual está a cargo del asegurador, cuya contratación es obligación de la administradora pensional y, así lo ha reconocido esta Sala como se evidencia en la sentencia CSJ SL4248-2021, así:

[...] Respecto a los argumentos relacionados con el seguro previsional, baste reiterar lo asentado en providencia CSJ SL778-2021, en cuanto a que por el simple hecho de proferirse condena en contra del fondo privado de pensiones por la prestación de sobrevivientes reclamada, a la entidad aseguradora, por disposición de la misma ley de la seguridad social, se le extienden sus efectos en calidad de garante y, por lo tanto, tendrá la obligación de cubrir la suma adicional necesaria para completar el capital que financie el monto de la mencionada pensión.

Sobre el particular también se pronunció esta Sala en la sentencia CSJ SL, 2 oct. 2007, rad. 30252, reiterada en las decisiones CSJ SL5429-2014, CSJ SL6094-2015, CSJ SL1363-2018, CSJ SL4204-2018 y CSJ SL5603-2019.”

Amén de que ha sido reiterado el precedente que obliga a las AFP a cumplir la orden de devolución de aportes al RPM con cargo a sus propias utilidades o patrimonio, como en la sentencia SL3464 de 2019 donde se conceptuó:

Por esto mismo, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019).

Por consiguiente, se adicionará la sentencia para ordenar además de la devolución de todos los conceptos ordenados en primera instancia, los de seguros previsionales y la garantía de pensión mínima, como lo solicitó Colpensiones en su recurso y debidamente indexados.

Así mismo, para precisar que todas las obligaciones de traslado impuestas a Porvenir SA, deberán incluir el bono pensional de la actora y hacerse con el suministro de la información prevista en el artículo 2.2.2.4.8 del Decreto 1833 de 2016 -por medio del cual se compilan las normas del Sistema General de Pensiones-, dentro de los 30 días siguientes a la sentencia emitida, y entregando la historia laboral de la afiliada con la información discriminada y detallada por cada período cotizado, especificando cada valor, “...*junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen ...*”.

2.6. PRESCRIPCIÓN

La excepción de prescripción no está llamada a prosperar por cuanto la acción que involucra el tema de traslado de régimen pensional guarda relación inescindible con la causación, requisitos y valor de la pensión, ante ello se debe predicar la imprescriptibilidad de la presente acción, ver al respecto sentencia SL-1421 de 2019, Radicado No. 56174 de 10 de abril de 2019.

En efecto, de manera reiterada y pacífica, la SCL de la Corte ha defendido la tesis de que las acciones judiciales encaminadas a que se compruebe la manera en que ocurrió un hecho o se reconozca un estado jurídico, son imprescriptibles. Lo anterior, bajo la premisa de que ni los hechos ni los estados jurídicos prescriben, a diferencia de lo que ocurre con los derechos de crédito y obligaciones que de ello surjan.

Conforme con las razones fácticas, probatorias y de derecho expuestas en precedencia, la sentencia revisada en apelación y consulta se confirmará.

Costas de segunda instancia a cargo de Porvenir SA en favor de la demandante por no prosperar el recurso de apelación. Las agencias en derecho se fijan en \$1.160.000 pesos a cargo de esa AFP y en favor del demandante, sin lugar a condena en costas a Colpensiones.

En mérito de lo expuesto, la **SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ DC**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

IV. DECIDE:

PRIMERO: ADICIONAR el numeral segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá DC, el 14 de marzo de 2023 dentro del proceso promovido por **Álvaro Pinzón Balcarcel** contra las AFP Porvenir SA y Colpensiones, en cuanto a que Porvenir **SA** deberá devolver además de los conceptos ordenados en la sentencia de primera instancia, los seguros previsionales, la garantía de pensión mínima, y los bonos pensionales, debidamente indexados, conforme a las razones expuestas en la parte considerativa.

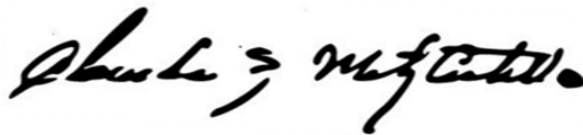
SEGUNDO: ADICIONAR el numeral tercero en el sentido que las AFP **Porvenir SA**, deberán cumplir las órdenes de traslado respectivamente a **Colpensiones**, en los 30 días siguientes a la sentencia, acompañado de la historia laboral de la afiliada con la información discriminada y detallada por cada período cotizado, del valor, los ciclos, IBC, aportes y demás datos relevantes, según las consideraciones de esta sentencia.

TERCERO: Confirmar en lo demás la sentencia revisada en apelación y consulta, por los motivos antes expresados.

CUARTO: Costas de segunda instancia a cargo de **Porvenir SA** en favor de la demandante por no prosperar los recursos de apelación. Las agencias en derecho se fijan en \$1.160.000 pesos a cargo de esta y en favor del demandante. Sin lugar a condena en costas de segunda instancia a Colpensiones.

Notifíquese lo resuelto por **edicto, publíquese y cúmplase**,

Los magistrados,



CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO

Magistrada Ponente



LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ

Magistrada



RAFAEL ALBEIRO CHAVARRO POVEDA

Magistrado



DEMANDANTE:	Jaime Yesid Cadena Díaz.
DEMANDADA:	Colpensiones y Porvenir SA
TIPO DE PROCESO	Ordinario Laboral
TEMA	Ineficacia
DECISIÓN:	Adiciona y confirma
RADICADO Y LINK:	11001310503320210048501 11001310503320210048501

En Bogotá DC, a los veintidós (22) días de marzo de dos mil veinticuatro (2024), la Sala Segunda de Decisión Laboral, conformada por los **Magistrados Luz Marina Ibáñez Hernández, Rafael Albeiro Chavarro Poveda, y Claudia Angélica Martínez Castillo**, quien actúa como ponente, se reunió para resolver los recursos de apelación interpuestos por Porvenir y **Colpensiones**, y el grado jurisdiccional de consulta que se surte en favor de la segunda, frente a la decisión adoptada por el **Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá DC**, en el proceso ordinario adelantado por el señor **Jaime Yesid Cadena Díaz** en contra de las demandadas.

Una vez agotado el procedimiento previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la Sala profiere, por escrito, la siguiente:

SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

I. ANTECEDENTES:

1.1. PRETENSIONES.

Pretende el demandante la declaratoria de nulidad o ineficacia de su vinculación y traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -en adelante -RAIS- administrado por AFP Porvenir desde diciembre de 1997; que se declare que permanecido afiliada sin solución de continuidad en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida -en adelante RPM- hoy administrado por Colpensiones. En consecuencia, se ordene a Porvenir SA, trasladar a Colpensiones la totalidad de los aportes junto con sus rendimientos y/o intereses moratorios y a Colpensiones a

recibir los aportes; extra y ultra petita; costas y agencias en derecho (pág. 1, pdf. 01, C01).

1.2. HECHOS

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que nació el 11 de septiembre de 1960; que el demandante se afilió al Instituto de Seguros Sociales hoy Colpensiones desde el 18 de noviembre de 1986 hasta diciembre de 1997 cuando se trasladó al RAIS a través de Porvenir (Pág. 17, ídem); pero que dicha decisión no fue informada, autónoma y consciente, ya que no se le brindó una asesoría completa, integral y veraz donde se le explicaran los beneficios y desventajas del traslado de régimen pensional. Señaló que solicitó la nulidad de la afiliación ante Colpensiones y Porvenir SA, y que fue despachada desfavorablemente.

1.3. TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA.

Admitida la demanda e integrada la litis, las demandadas se pronunciaron de forma oportuna, así:

Porvenir SA contestó que son ciertos los hechos referentes a la fecha de la afiliación a la AFP Porvenir, además que estuvo vinculada a la AFP Horizonte hoy Porvenir, niega los hechos respecto al traslado, en cuanto a que según su dicho se hizo de forma informada, libre y voluntaria. Se opuso a las pretensiones de la demanda. Formuló como excepciones las de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y genérica (pdf. 04, C01).

Colpensiones, se opuso a las pretensiones de la demanda, pero aceptó los hechos relacionados a la fecha de nacimiento de la demandante, a la vinculación al RPMPD; que el actor presentó el agotamiento de la reclamación administrativa, solicitud que fue negada. Se opuso a las pretensiones de la demanda y para derruirlas formuló las excepciones de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del código civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPMPD, prescripción de la acción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, innominada o genérica (pdf. 05, ídem).

1.4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá DC, mediante sentencia del 22 de marzo de 2023, dispuso:

PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA DEL TRASLADO al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y con esto la afiliación realizada al señor Jaime Yesid Cadena Díaz identificado con la cédula de ciudadanía No. 14.233.628, afiliado el 03 de octubre de 1997 por Porvenir S.A.

SEGUNDO: DECLARAR que el señor Jaime Yesid Cadena Díaz actualmente se encuentra afiliado de manera efectiva al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES.

TERCERO: ORDENAR a PORVENIR S.A., realizar el traslado de los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual del señor Jaime Yesid Cadena Díaz a COLPENSIONES, junto con sus respectivos intereses, rendimientos y bonos pensionales a que haya lugar.

CUARTO: ORDENAR a COLPENSIONES recibir el traslado de las sumas anteriormente descritas, así como activar la afiliación del señor Jaime Yesid Cadena Díaz al RPMPD e integrar en la totalidad su historia laboral.

QUINTO: CONDENAR a PORVENIR S. A. a transferir a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones las cuotas de administración, los dineros descontados para los seguros previsionales y pensión de garantía mínima debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

SEXTO: CONMINAR a COLPENSIONES a acudir a los mecanismos procesales y extraprocesales pertinentes para obtener el recaudo de los dineros generados como consecuencia de la declaración hecha en el ordinal anterior.

SÉPTIMO: DECLARAR NO PROBADAS, las excepciones de inexistencia del derecho, prescripción y demás presentadas por las demandadas, conforme lo expuesto en parte motiva de esta providencia.

OCTAVO: COSTAS de esta instancia quedan a cargo de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES. Agencias en derecho, se fija la suma de tres (03) SMLMV a cargo de Porvenir S.A. y un (1) SMLMV a cargo de Colpensiones, todos en favor de la parte demandante.

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 la AFP no demostró haberle suministrado a la actora información relevante, veraz y completa respecto del cambio de régimen y las modalidades de pensión en ese régimen, y que los formularios de vinculación por sí solos no constituyen prueba suficiente para dar por establecido que la información fue veraz, ni menos se probó el consentimiento informado para tomar la decisión de traslado la afectación del riesgo de la sostenibilidad financiera.

1.5. RECURSO DE APELACIÓN

Porvenir formula recurso de apelación, en torno al punto del tema de la indexación, al considerar que los aportes no han sufrido devaluación, y que por el contrario estos han obtenido rendimientos que mantienen u compensan la posible depreciación de

la moneda. Por lo que, considera que condenarles a indexar los aportes, constituye una doble sanción.

Colpensiones apeló la decisión y manifestó que para la fecha del traslado solo le era exigible el diligenciamiento del formulario y la información contenida en ese documento, así como que la demandante tenía la responsabilidad de haberse informado sobre las consecuencias de permanecer en un fondo privado, lo que impide la demostración de un vicio en el consentimiento. Y acotó que la decisión afecta el principio de sostenibilidad financiera por la sobrecarga en el régimen de prima media. Finalmente, cuestiona la decisión del juez a quo sobre la condena en costas.

1.6. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Colpensiones presentó sus alegaciones, manifestando que la afiliación no es nula, y que la carga de la prueba le corresponde a la demandante quien deberá probar los vicios del consentimiento. En consecuencia, pide que se revoque la decisión del a quo y además pide el relevo de las costas del proceso en contra de esta enjuiciada (pdf. 06, C02).

El apoderado de **Porvenir SA** expresó que no se probaron los elementos constitutivos de la nulidad absoluta o relativa del acto de traslado, ni un vicio del consentimiento, por el contrario, el traslado se realizó de manera libre, voluntaria y consiente, de acuerdo con el formulario de afiliación suscrito por la demandante, y que ésta no hizo uso del traslado para retornar al RPM. Respecto del pago de la devolución de los gastos de administración y de los seguros previsionales, recordó que tienen una destinación específica, y los segundos fueron trasladados a la compañía aseguradora con la que se contrató la cobertura, con la finalidad de proporcionar al afiliado el aseguramiento de los riesgos de invalidez y muerte, por ello las invirtió conforme con la estructura del RAIS, y por ello no procede su devolución. Por último, presente reparos contra la solicitud de indexación de los aportes (pdf. 08, ídem).

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

2.1. PRESUPUESTOS PROCESALES Y ALCANCE DEL RECURSO.

Conoce la Sala del recurso de apelación y de la consulta de la sentencia a favor de Colpensiones de conformidad con lo señalado en los artículos 66A y 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

2.2. PROBLEMA JURÍDICO

Esta Sala analizará, si acertó el juez al declarar la ineficacia del traslado de la demandante Jaime Yesid Cadena Díaz al RAIS, con el consecuente regreso al RPM administrado por Colpensiones, y establecer las consecuencias derivadas de ello.

2.3. HECHOS RELEVANTES PROBADOS

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: i) el demandante nació el 11 de septiembre de 1960 (pág. 8, pdf. 01, C01); ii) cotizó al RPM a través del ISS hoy Colpensiones desde el 18 de noviembre de 1986 al 31 de octubre de 1997 (pág. 11-15, *ídem*); iii) el 3 de octubre de 1997 se trasladó al RAIS administrado por Porvenir SA mediante la suscripción del formulario de afiliación (pág. 17, *ídem*), como se acredita con la historial laboral de Porvenir SA (pág. 18, *ídem*) administradora en la que actualmente se encuentra afiliada con un total de 1628 semanas conforme la historia laboral aportada.

2.4. INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL.

El primer aspecto es recordar que, según el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, la selección de cualquiera de los regímenes previstos en el literal a) de esa disposición es libre y voluntaria, de manera que, cuando cualquier persona natural o jurídica, desconozca ese derecho, se hará acreedor a las sanciones del inciso 1º del artículo 271 de la misma ley, y en virtud de ésta norma, cualquier persona que atente contra el derecho del trabajador a su afiliación, traerá como consecuencia que la afiliación quede sin efecto.

Aunque la afiliación es libre y voluntaria, las administradoras de pensiones están compelidas a cumplir con el deber de información, por lo que la decisión de traslado tiene que estar precedida del cumplimiento de ese mandato, tal como lo dispone el artículo 97, numeral 1º del Decreto 663 de 1993, que la misma debe ser transparente a los afiliados, *«de suerte que les permita, mediante elementos de*

juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado y tomar decisiones informadas».

Por información necesaria, la Sala de Casación Laboral ha afirmado que comprende:

(...)la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones», y respecto a la transparencia, ha explicado que implica la obligación de dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, «los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios» (CSJ SL1452-2019, reiterada en SL1688-2019 y SL1689-2019).

Así, el fondo de pensiones es responsable de proporcionar e indicar al usuario que pretende trasladarse de régimen, los elementos determinantes para tomar una decisión informada. En ese orden, el traslado no surte efectos cuando se le oculta información o no se le brinda en forma completa, porque en ese caso no existe una decisión verdaderamente libre y voluntaria, ya que la determinación de trasladarse de régimen pensional puede variar según la información que se brinde (sentencias CSJ SL373-2021 MP Clara Cecilia Dueñas Quevedo; CSJ SL12136-2014 MP Elsy del Pilar Cuello Calderón y CSJ SL17595-2017 sentencia de instancia).

Por lo tanto, no es posible evidenciar un verdadero consentimiento informado en quien carece de los elementos suficientes para adoptar una decisión adecuada a sus circunstancias particulares, de manera que es insuficiente afirmar que la afiliada expresó su voluntad al permanecer en el RAIS y que su vinculación conserva validez, cuando la administradora incumplió la obligación de brindarle la información necesaria, en obediencia a lo establecido en los artículos 2 y 12 del Decreto 663 de 1993.

De este modo, como el afiliado adujo la falta de información o la mala entrega de ésta por parte de la AFP, la administradora tiene sobre sí la carga de demostrar el cumplimiento de esa obligación, por cuanto: «*la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo*» (artículo 1604 CC), en ese orden, Porvenir SA es quien debe probar en contrario, es decir, que sí proporcionó la información completa y suficiente, en las etapas preparatorias y previas al traslado. Como la entidad cuenta con los medios técnicos y los conocimientos respecto a los servicios que ofrece, era quien debía probar que brindó una asesoría integral y completa al

demandante al momento de su traslado, y/o migración en el mismo, analizando las circunstancias particulares de su caso.

Se reitera que la carga de la prueba, sin importar la circunstancia particular del afiliado, está a cargo de las AFP, toda vez que: (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuar 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 es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento, y (iii) no es razonable invertir la carga de la prueba en contra de la otra parte de la relación contractual, ya que las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia respecto al afiliado lego (CSJ SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689-2019 y SL4426-2019).

En ese orden, la constatación de que se cumplió con el deber de información es ineludible, por lo que la simple firma del formulario de afiliación es insuficiente para acreditar el consentimiento informado del afiliado. Este es el criterio postulado por la CSJ en su Sala Laboral, en la sentencia SL19447-2017:

el acto de afiliación o traslado de régimen pensional debe estar acompañado de la decisión libre y voluntaria del afiliado, la cual no se limita a la simple manifestación de quien decide trasladarse, sino que debe ajustarse a los parámetros de libertad informada, es decir, la solicitud y trámite de traslado de régimen pensional, debe estar precedida de una información clara, comprensible y suficiente, sobre las consecuencias favorables y desfavorables que su decisión acarrea» (CSJ SL7561-2021, CSJ SL5595-2021, CSJ3719-2021),

Ahora, el hecho de que el afiliado hubiese suscrito el formulario de vinculación o que en el mismo se empleen leyendas o afirmaciones tales como que «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otras similares que suelen consignarse en los formatos preimpresos, no liberan a las AFP de su obligación de cumplir de manera rigurosa y de buena fe su deber de información. A lo sumo, estas expresiones sirven para acreditar un consentimiento sin vicios, pero no uno debidamente informado (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31314, SL, 22 nov. 2011, rad. 33083, SL4964-2018, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018, SL1421-2019 y SL2877-2020).

El argumento referente a que se impone una obligación inexistente al momento de la vinculación no es acertado por cuanto desde la creación de las AFP, estaban compelidas a suministrar información objetiva, comparada y transparente sobre las características, **ventajas y desventajas** de cada uno de los regímenes pensionales, así como de las **consecuencias jurídicas del traslado**, como lo preceptúa el artículo 97, numeral 1º del Decreto 663 de 1993, en armonía con el artículo 13, literal b) de la Ley 100 de 1993 (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689-2019, SL3464-2019, SL4360-2019, SL2611-2020, SL4806-2020 y SL373-2021).

En sus deberes estaba informar, verbigracia, las diferentes modalidades pensionales, que el valor de la pensión de vejez en el RAIS depende del capital consignado en la cuenta de ahorro individual; que si no completa el capital suficiente para obtener por lo menos una pensión mínima -equivalente al 110% del SMLMV a la fecha de expedición de la Ley 100 de 93, actualizado con el IPC (Índice de Precios al Consumidor), debe seguir cotizando, si es o no beneficiario del régimen de transición pensional y las ventajas que se derivan del mismo, así como efectuarle las proyecciones aritméticas y los comparativos necesarios hacia el futuro de ambas opciones, con el cálculo aproximado del monto pensional que le correspondería, y en fin, mostrarle a la afiliada **con detalle**, las **ventajas y desventajas** de tomar la decisión de traslado de régimen pensional, para que la misma sea realmente libre y voluntaria.

Luego hay que insistir en que, la labor del funcionario del fondo privado de pensiones en el momento previo a hacer efectivo el traslado de régimen, debe trascender al «*deber del buen consejo*», como lo ha señalado la jurisprudencia laboral, en la medida que es responsabilidad de dichas administradoras y de sus promotores y/o asesores, velar por la información entregada a sus usuarios -art. 10 D.720/94- por el cual se reglamentaron los artículos 105 y parcialmente el 287 de la Ley 100 de 1993.

Ahora, aunque Porvenir SA haya afirmado al contestar la demanda que al demandante le brindaron la asesoría requerida sobre el derecho que tenía de trasladarse de régimen pensional, la Sala no encuentra demostración de que rebata la negación indefinida del actor que no la recibió; el demandante no confesó ni aceptó que conocía el régimen, que a la empresa donde laboraba para la época llegaron los empleados de Porvenir, indicando que el ISS sería liquidado, como algo masivo no hubo una explicación profunda, por el contrario, dijo que no sabía

efectivamente todas las características de ambos regímenes, las ventajas, desventajas y consecuencias de su traslado.

Por ello, la Sala concluye que se incumplió uno de los presupuestos para la eficacia del acto de traslado de régimen pensional, como es, el deber de información, cuya ausencia, dada su incidencia en el derecho a la pensión de vejez, trae como consecuencia la declaración de ineficacia del traslado, y que las cosas vuelvan al estado anterior en el que se encontraban antes de aquella, como que el demandante nunca se trasladó al RAIS. Razón por la que en este punto se confirmará la decisión de primer grado.

2.5. CONSECUENCIAS DE LA DECLARATORIA DE INEFICACIA DEL TRASLADO.

La declaratoria de ineficacia implica que las cosas vuelven al mismo estado en que se hallarían de no haber existido el cambio, esto es, se priva de todo efecto práctico al traslado *«bajo la ficción jurídica de que aquella nunca se trasladó al RAIS o, más bien, siempre estuvo afiliada al régimen de prima media con prestación definida»* (CSJ SL1689-2017).

Considera la Corporación que, al declararse la ineficacia del traslado del demandante del RPM al RAIS, **todos los actos jurídicos que se celebraron tras la suscripción de dicha afiliación pierden su fuerza vinculante**; por lo que es legítimo que Porvenir SA traslade a Colpensiones no solo los valores existentes en la cuenta de ahorro individual con los rendimientos financieros, sino también, los porcentajes destinados a gastos de administración, primas de seguros previsionales y al fondo de garantía de pensión mínima, **sin que la AFP pueda conservar ningún valor descontado de la cotización.**

Así lo ha determinado la jurisprudencia uniforme de nuestro órgano de cierre jurisdiccional desde la sentencia con Rad 31989 del 9 de sept/08, M.P. Eduardo López Villegas, reiterada en las SL 4989 y 4964 del 14 de nov/18, radicados 47.125 y 54.814, respectivamente, M.P. Gerardo Botero Zuluaga, SL 1688 del 8 mayo/19, SL 2877 del 29/07/2020, Rad. 78667, M.P Clara Cecilia Dueñas Quevedo, SL 3034 Rad. 86961 del 07/07/2021; 3571 Rad. 88476 del 04/08/2021; 3708 Rad 88556 del 18/08/2021; 3709 Rad. 88875 y 3710 Rad. 88550 del 18/08/2021; 3769 Rad, 84296 del 11/08/2021, SL755 Rad 90519, SL756 Rad 90548 del 09/03/2022 y SL1019 Rad

87915 del 16/03/2022, M.P Luis Benedicto Herrera Díaz; y SL843 Rad 85499 del 16/03/2022 M.P Gerardo Botero Zuluaga.

Ahora bien, ante la orden de traslado, al haberse solicitado como pretensión de la demanda la indexación, de conformidad con los parámetros establecidos en reciente jurisprudencia, esta Corporación procede de oficio a ordenar que los gastos de administración, las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y los aportes al fondo de garantía de pensión mínima, sean trasladados debidamente indexados, a favor de Colpensiones y con cargo de los recursos propios de los fondos privados. Como se determinó en la sentencia SL-359 de 2021 y especialmente la SL-950 de 2022, en la que se señala:

... Por ello, en tratándose de afiliados, la Sala ha adocctrinado 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 sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones. Criterio que resulta igualmente aplicable respecto del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.

Por consiguiente, se confirmará la devolución de todos los conceptos ordenados en primera instancia, debidamente indexados.

En sede de de consulta en favor de Colpensiones, la Sala adicionará la decisión para precisar que todas las obligaciones de traslado impuestas a Porvenir SA, deberán hacerse con el suministro de la información prevista en el artículo 2.2.2.4.8 del Decreto 1833 de 2016 -por medio del cual se compilan las normas del Sistema General de Pensiones-, dentro de los 30 días siguientes a la sentencia emitida, y entregando la historia laboral del afiliado con la información discriminada y detallada por cada período cotizado, especificando cada valor, *“...junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen ...”*.

2.6. PRESCRIPCIÓN

La excepción de prescripción no está llamada a prosperar por cuanto la acción que involucra el tema de traslado de régimen pensional guarda relación inescindible con la causación, requisitos y valor de la pensión, ante ello se debe predicar la imprescriptibilidad de la presente acción, ver al respecto Sentencia SL-1421 de 2019, Radicado No. 56174 de 10 de abril de 2019.

En efecto, de manera reiterada y pacífica, la SCL de la Corte ha defendido la tesis de que las acciones judiciales encaminadas a que se compruebe la manera en que ocurrió un hecho o se reconozca un estado jurídico, son imprescriptibles. Lo anterior, bajo la premisa de que ni los hechos ni los estados jurídicos prescriben, a diferencia de lo que ocurre con los derechos de crédito y obligaciones que de ello surjan.

2.7 COSTAS DEL PROCESO

Sobre la imposición de las costas a Colpensiones, debemos tener en cuenta que la condena que se emite en su contra no es por su actuar negligente u omisivo, sino que es la consecuencia de la ineficacia de una afiliación por la desidia que tuvo un tercero, en este caso la AFP, con la demandante; así que las condenas que hoy asume Colpensiones surgen de la declaratoria de ineficacia, por lo que no hay lugar a condenar a esta codemandada a las costas de primera instancia, y en tal sentido se revocará parcialmente el numeral quinto de la sentencia.

Costas de segunda instancia a cargo de Porvenir y en favor del demandante por no prosperar el recurso de apelación. Las agencias en derecho se fijan en \$1.160.000 pesos a cargo de esa entidad y en favor de la demandante. Se abstiene de emitir condena en costas en contra de Colpensiones, por haber prosperado de forma parcial su recurso.

Conforme con las razones fácticas, probatorias y de derecho expuestas en precedencia, la sentencia revisada en apelación y consulta se revoca parcialmente, se adiciona y confirmará.

En mérito de lo expuesto, la **SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ DC**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

IV. DECIDE:

PRIMERO: Adicionar el numeral quinto de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá DC, el 22 de marzo de 2023 dentro del proceso promovido por Jaime Yesid Cadena Díaz contra AFP Porvenir y

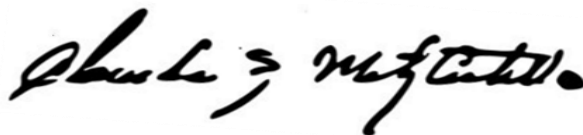
Colpensiones, en cuanto a que AFP Porvenir deberá trasladar a **Colpensiones**, dentro de los 30 días siguientes a la sentencia, además de los conceptos dispuestos en la primera instancia y en esta sentencia debidamente indexados, la historia laboral del afiliado con la información discriminada y detallada por cada período cotizado, especificando cada valor, con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen, según las consideraciones de esta sentencia.

SEGUNDO: Revocar parcialmente la condena en costas en primera instancia en contra de Colpensiones. Costas de segunda instancia a cargo de Porvenir, y en favor de la demandante por no prosperar el recurso de apelación. Las agencias en derecho se fijan en \$1.160.000 pesos para la recurrente.

TERCERO: Confirmar en lo demás la sentencia revisada en apelación y consulta, por los motivos antes expresados.

Notifíquese lo resuelto por **edicto, publíquese y cúmplase**,

Los magistrados,



CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO

Magistrada Ponente



LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ

Magistrada



RAFAEL ALBEIRO CHAVARRO POVEDA

Magistrado



DEMANDANTE:	Santiago José Ríos Begambre
DEMANDADA:	Colpensiones y Colfondos.
TIPO DE PROCESO	Ordinario Laboral
TEMA	Ineficacia
DECISIÓN:	Adiciona y confirma
RADICADO Y LINK:	11001310503720210015401 1100310503720210015401

En Bogotá DC, a los veintidós (22) días de marzo de dos mil veinticuatro (2024), la Sala Segunda de Decisión Laboral, conformada por los **Magistrados Luz Marina Ibáñez Hernández, Rafael Albeiro Chavarro Poveda, y Claudia Angélica Martínez Castillo**, quien actúa como ponente, se reunió para resolver el recurso de apelación interpuesto **Colpensiones**, y el grado jurisdiccional de consulta que se surte en favor de esta, frente a la decisión adoptada por el **Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá DC**, en el proceso ordinario adelantado por el señor **Santiago José Ríos Begambre** en contra de las demandadas.

Una vez agotado el procedimiento previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la Sala profiere, por escrito, la siguiente:

SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

I. ANTECEDENTES:

1.1. PRETENSIONES.

Pretende el demandante la declaratoria de nulidad o ineficacia de su vinculación y traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -en adelante -RAIS- administrado por AFP Colfondos; que se declare que permaneció afiliado sin solución de continuidad en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida -en adelante RPM- hoy administrado por Colpensiones. En consecuencia, se ordene a Colfondos, trasladar a Colpensiones la totalidad de los aportes junto con sus rendimientos y/o intereses

moratorios y a Colpensiones a recibir los aportes; extra y ultra petita; costas y agencias en derecho (pág. 4, pdf. 01, C01).

1.2. HECHOS

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que nació el 15 de julio de 1955; que el demandante estuvo afiliado al RPMPD con el Instituto de Seguros Sociales hoy Colpensiones y la extinta Cajanal, alcanzado a obtener 517.17 semanas; Que en noviembre de 1994 se trasladó al RAIS a través de Colfondos; pero que dicha decisión no fue informada, autónoma y consciente, ya que no se le brindó una asesoría completa, integral y veraz donde se le explicaran los beneficios y desventajas del traslado de régimen pensional. Señaló que solicitó la nulidad de la afiliación ante Colpensiones y Colfondos, y que fue despachada desfavorablemente.

1.3. TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA.

Admitida la demanda e integrada la litis, las demandadas se pronunciaron de forma oportuna, así:

Colfondos se opone a lo pretendido con la demanda; **pero** aceptó los hechos relacionados a la fecha de nacimiento de la demandante y que el actor presentó el agotamiento de la reclamación administrativa, solicitud que fue negada (pdf. 04, *ídem*).

Colpensiones, se opuso a las pretensiones de la demanda, pero aceptó los hechos relacionados a la fecha de nacimiento del demandante, que cotizó al ISS durante 56 semanas hasta diciembre de 1983, y que agotó la reclamación administrativa, la cual, no fue atendida de forma favorable por esta entidad. Formuló las excepciones de aplicación del precedente establecido en la sentencia SL 373 de 2021, el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe, innominada o genérica (pdf. 05, *ídem*).

1.4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá DC, mediante sentencia del 21 de febrero de 2023, dispuso:

PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA DEL ACTO JURÍDICO DE TRASLADO entre regímenes pensionales que efectuó la demandante señora SANTIAGO JOSÉ RÍOS BEGAMBRE del Régimen

de Prima Media con Prestación Definida administrado en su momento por CAJANAL al Régimen del Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la AFP COLFONDOS S.A. que tuvo como fecha de suscripción el 26 de septiembre de 1994. En consecuencia, se declara válida la afiliación de la demandante al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de la decisión. SEGUNDO: CONDENAR a la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS S.A., a transferir a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-, todos los valores contenidos en su cuenta de ahorro individual junto con los rendimientos financieros, los gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de la decisión.

TERCERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas.

CUARTO: COSTAS a cargo de COLFONDOS S.A., para tal efecto, se fijan como agencias en derecho la suma equivalente a 1 SMMLV. Sin costas a cargo de COLPENSIONES.

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 la AFP no demostró haberle suministrado a la actora información relevante, veraz y completa respecto del cambio de régimen y las modalidades de pensión en ese régimen; que en este caso, las AFP tenían esa obligación desde la norma primigenia de la ley 100 de 1993 y que los formularios de vinculación por sí solos no constituyen prueba suficiente para dar por establecido que la información fue veraz, ni menos se probó el consentimiento informado para tomar la decisión de traslado la afectación del riesgo de la sostenibilidad financiera.

1.5. RECURSO DE APELACIÓN

Colpensiones apeló la decisión y manifestó que la demandante que manifestó su voluntad con el diligenciamiento del formulario y la información contenida en ese documento, lo que impide la demostración de un vicio en el consentimiento, máxime cuando no puede invocarse la ignorancia de la ley, para solicitar la ineficacia de su traslado. Y acotó que la decisión afecta el principio de sostenibilidad financiera por la sobrecarga en el régimen de prima media.

1.6. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Colpensiones presentó sus alegaciones, manifestando que no se «demuestra vicio en el consentimiento o asalto a la buena fe en el momento en que se afilia al Régimen de Ahorro Individual, como se alega en la demanda», y que tampoco se prueba que «el demandante haya sido engañado al tomar una decisión desfavorable a sus intereses, más aún, cuando permaneció en el Régimen de Ahorro Individual con solidaridad por más de 20 años, sin manifestar ninguna inconformidad respecto al desempeño y administración», concluyendo que la afiliación no es nula, y que la carga de la prueba le

corresponde a la demandante quien deberá probar los vicios del consentimiento. En consecuencia, pide que se revoque la decisión del a quo (pdf. 6, C02).

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

2.1. PRESUPUESTOS PROCESALES Y ALCANCE DEL RECURSO.

Conoce la Sala del recurso de apelación y de la consulta de la sentencia a favor de Colpensiones de conformidad con lo señalado en los artículos 66A y 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

2.2. PROBLEMA JURÍDICO

Esta Sala analizará, si acertó el juez al declarar la ineficacia del traslado de la demandante Santiago José Ríos Begambre al RAIS, con el consecuente regreso al RPM administrado por Colpensiones, y establecer las consecuencias derivadas de ello.

2.3. HECHOS RELEVANTES PROBADOS

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: i) el demandante nació el 15 de julio de 1955 (pág. 13, pdf. 01, C01); ii) cotizó al RPM a través de la extinta Cajanal y el ISS hoy Colpensiones (pág. 14, idem); iii) el 26 de septiembre de 1994 al RAIS administrado por Colfondos mediante la suscripción del formulario de afiliación (pág. 91, pdf. 04, C01), como se acredita con la certificación SIAFP, administradora en la que actualmente está afiliado con 1800 semanas conforme la historia laboral aportada.

2.4. INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL.

El primer aspecto es recordar que, según el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, la selección de cualquiera de los regímenes previstos en el literal a) de esa disposición es libre y voluntaria, de manera que, cuando cualquier persona natural o jurídica, desconozca ese derecho, se hará acreedor a las sanciones del inciso 1º del artículo 271 de la misma ley, y en virtud de ésta norma, cualquier persona que atente contra el derecho del trabajador a su afiliación, traerá como consecuencia que la afiliación quede sin efecto.

Aunque la afiliación es libre y voluntaria, las administradoras de pensiones están compelidas a cumplir con el deber de información, por lo que la decisión de traslado tiene que estar precedida del cumplimiento de ese mandato, tal como lo dispone el artículo 97, numeral 1° del Decreto 663 de 1993, que la misma debe ser transparente a los afiliados, *«de suerte que les permita, mediante elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado y tomar decisiones informadas»*.

Por información necesaria, la Sala de Casación Laboral ha afirmado que comprende:

(...)la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones», y respecto a la transparencia, ha explicado que implica la obligación de dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, «los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios» (CSJ SL1452-2019, reiterada en SL1688-2019 y SL1689-2019).

Así, el fondo de pensiones es responsable de proporcionar e indicar al usuario que pretende trasladarse de régimen, los elementos determinantes para tomar una decisión informada. En ese orden, el traslado no surte efectos cuando se le oculta información o no se le brinda en forma completa, porque en ese caso no existe una decisión verdaderamente libre y voluntaria, ya que la determinación de trasladarse de régimen pensional puede variar según la información que se brinde (sentencias CSJ SL373-2021 MP Clara Cecilia Dueñas Quevedo; CSJ SL12136-2014 MP Elsy del Pilar Cuello Calderón y CSJ SL17595-2017 sentencia de instancia).

Por lo tanto, no es posible evidenciar un verdadero consentimiento informado en quien carece de los elementos suficientes para adoptar una decisión adecuada a sus circunstancias particulares, de manera que es insuficiente afirmar que el afiliado expresó su voluntad al permanecer en el RAIS y que su vinculación conserva validez, cuando la administradora incumplió la obligación de brindarle la información necesaria, en obediencia a lo establecido en los artículos 2 y 12 del Decreto 663 de 1993.

De este modo, como el afiliado adujo la falta de información o la mala entrega de ésta por parte de la AFP, la administradora tiene sobre sí la carga de demostrar el cumplimiento de esa obligación, por cuanto: *«la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo»* (artículo 1604 CC), en ese orden, Colfondos SA es quien debe probar en contrario, es decir, que sí proporcionó la información completa y suficiente, en las etapas preparatorias y previas al traslado. Como la entidad cuenta con los medios técnicos y los conocimientos respecto a los servicios que ofrece, era quien

debía probar que brindó una asesoría integral y completa al demandante al momento de su traslado, y/o migración en el mismo, analizando las circunstancias particulares de su caso.

Se reitera que la carga de la prueba, sin importar la circunstancia particular del afiliado, está a cargo de las AFP, toda vez que: (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuar 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 es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento, y (iii) no es razonable invertir la carga de la prueba en contra de la otra parte de la relación contractual, ya que las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia respecto al afiliado lego (CSJ SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689-2019 y SL4426-2019).

En ese orden, la constatación de que se cumplió con el deber de información es ineludible, por lo que la simple firma del formulario de afiliación es insuficiente para acreditar el consentimiento informado del afiliado. Este es el criterio postulado por la CSJ en su Sala Laboral, en la sentencia SL19447-2017:

el acto de afiliación o traslado de régimen pensional debe estar acompañado de la decisión libre y voluntaria del afiliado, la cual no se limita a la simple manifestación de quien decide trasladarse, sino que debe ajustarse a los parámetros de libertad informada, es decir, la solicitud y trámite de traslado de régimen pensional, debe estar precedida de una información clara, comprensible y suficiente, sobre las consecuencias favorables y desfavorables que su decisión acarrea» (CSJ SL7561-2021, CSJ SL5595-2021, CSJ3719-2021),

Ahora, el hecho de que el afiliado hubiese suscrito el formulario de vinculación o que en el mismo se empleen leyendas o afirmaciones tales como que «*la afiliación se hace libre y voluntaria*», «*se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones*» u otras similares que suelen consignarse en los formatos preimpresos, no liberan a las AFP de su obligación de cumplir de manera rigurosa y de buena fe su deber de información. A lo sumo, estas expresiones sirven para acreditar un consentimiento sin vicios, pero no uno debidamente informado (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31314, SL, 22 nov. 2011, rad. 33083, SL4964-2018, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018, SL1421-2019 y SL2877-2020).

El argumento referente a que se impone una obligación inexistente al momento de la vinculación no es acertado por cuanto desde la creación de las AFP, estaban compelidas a suministrar información objetiva, comparada y transparente sobre las características,

ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de las **consecuencias jurídicas del traslado**, como lo preceptúa el artículo 97, numeral 1º del Decreto 663 de 1993, en armonía con el artículo 13, literal b) de la Ley 100 de 1993 (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689-2019, SL3464-2019, SL4360-2019, SL2611-2020, SL4806-2020 y SL373-2021).

En sus deberes estaba informar, verbigracia, las modalidades pensionales, que el valor de la pensión de vejez en el RAIS depende del capital consignado en la cuenta de ahorro individual; que si no completa el capital suficiente para obtener por lo menos una pensión mínima -equivalente al 110% del SMLMV a la fecha de expedición de la Ley 100 de 1993, actualizado con el IPC (Índice de Precios al Consumidor), debe seguir cotizando, si es o no beneficiario del régimen de transición pensional y las ventajas que se derivan del mismo, así como efectuarle las proyecciones aritméticas y los comparativos necesarios hacia el futuro de ambas opciones, con el cálculo aproximado del monto pensional que le correspondería, y en fin, mostrarle al afiliado **con detalle**, las **ventajas y desventajas** de tomar la decisión de traslado de régimen pensional, para que la misma sea realmente libre y voluntaria.

Luego hay que insistir en que, la labor del funcionario del fondo privado de pensiones en el momento previo a hacer efectivo el traslado de régimen, debe trascender al «*deber del buen consejo*», como lo ha señalado la jurisprudencia laboral, en la medida que es responsabilidad de dichas administradoras y de sus promotores y/o asesores, velar por la información entregada a sus usuarios -art. 10 D.720/94- por el cual se reglamentaron los artículos 105 y parcialmente el 287 de la Ley 100 de 1993.

Ahora, aunque Colfondos SA haya afirmado al contestar la demanda que a la demandante le brindaron la asesoría requerida suficiente para el caso, y del derecho que tenía de trasladarse de régimen pensional, la Sala no encuentra demostración de que rebata la negación indefinida del actor que no la recibió. Observándose que la demandante no confesó ni aceptó que conocía el régimen, que ante él se acercó un funcionario de Colfondos, que en muy poco tiempo hicieron el trámite de suscripción del formulario, que aceptó en su momento se le informó que obtendría una mejor pensión, que no hubo una explicación profunda, por el contrario, dijo que no sabía efectivamente todas las características de ambos regímenes, las ventajas, desventajas y consecuencias de su traslado.

Por ello, la Sala concluye que se incumplió uno de los presupuestos para la eficacia del acto de traslado de régimen pensional, como es, el deber de información, cuya ausencia, dada su incidencia en el derecho a la pensión de vejez, trae como consecuencia la declaración de ineficacia del traslado, y que las cosas vuelvan al estado anterior en el que se encontraban antes de aquella, como que el demandante nunca se trasladó al RAIS.

En el caso de marras, si bien tanto de las documentales aportadas, específicamente el bono pensional aportado por el mismo demandante (Págs. 26 a 29, pdf. 01, idem) y la historia laboral expedida por Colpensiones (Págs. 47-48, pdf. 05, idem) se desprende que previo al traslado de régimen pensional, el demandante se encontraba afiliado a la extinta CAJANAL EICE, lo cierto es que de darse la prosperidad de las pretensiones de la demanda –ineficacia del traslado al régimen pensional-, la filiación del actor debe darse a Colpensiones a la cual estuvo afiliado inicialmente, sumado a que es esta la única entidad que en la actualidad administra el RPMPD, en armonía con el decreto 2196 de 2009 dispuso el traslado de los afiliados de la entidad liquidada -que sería el caso del actor-, al entonces ISS hoy Colpensiones y en virtud del decreto 2013 de 2012. Razón por la que en este punto se confirmará la decisión de primer grado.

2.5. CONSECUENCIAS DE LA DECLARATORIA DE INEFICACIA DEL TRASLADO.

La declaratoria de ineficacia implica que las cosas vuelven al mismo estado en que se hallarían de no haber existido el cambio, esto es, se priva de todo efecto práctico al traslado *«bajo la ficción jurídica de que aquella nunca se trasladó al RAIS o, más bien, siempre estuvo afiliada al régimen de prima media con prestación definida»* (CSJ SL1689-2017).

Considera la Corporación que, al declararse la ineficacia del traslado de la demandante del RPM al RAIS, **todos los actos jurídicos que se celebraron tras la suscripción de dicha afiliación pierden su fuerza vinculante**; por lo que es legítimo que Colfondos traslade a Colpensiones no solo los valores existentes en la cuenta de ahorro individual con los rendimientos financieros, sino también, los porcentajes destinados a gastos de administración, primas de seguros previsionales y al fondo de garantía de pensión mínima, **sin que la AFP pueda conservar ningún valor descontado de la cotización**.

Así lo ha determinado la jurisprudencia uniforme de nuestro órgano de cierre jurisdiccional desde la sentencia con Rad 31989 del 9 de sept/08, M.P. Eduardo López Villegas,

reiterada en las SL 4989 y 4964 del 14 de nov/18, radicados 47.125 y 54.814, respectivamente, M.P. Gerardo Botero Zuluaga, SL 1688 del 8 mayo/19, SL 2877 del 29/07/2020, Rad. 78667, M.P Clara Cecilia Dueñas Quevedo, SL 3034 Rad. 86961 del 07/07/2021; 3571 Rad. 88476 del 04/08/2021; 3708 Rad 88556 del 18/08/2021; 3709 Rad. 88875 y 3710 Rad. 88550 del 18/08/2021; 3769 Rad, 84296 del 11/08/2021, SL755 Rad 90519, SL756 Rad 90548 del 09/03/2022 y SL1019 Rad 87915 del 16/03/2022, M.P Luis Benedicto Herrera Díaz; y SL843 Rad 85499 del 16/03/2022 M.P Gerardo Botero Zuluaga.

Ahora bien, ante la orden de traslado, al no haberse solicitado como pretensión de la demanda la indexación, de conformidad con los parámetros establecidos en reciente jurisprudencia, esta Corporación procede de oficio a ordenar que los gastos de administración, las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y los aportes al fondo de garantía de pensión mínima, sean trasladados debidamente indexados, a favor de Colpensiones y con cargo de los recursos propios de los fondos privados. Como se determinó en la sentencia SL-359 de 2021 y especialmente la SL-950 de 2022, en la que se señala:

... 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 sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones. Criterio que resulta igualmente aplicable respecto del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.

Por consiguiente, se adicionará la orden de devolución de todos los conceptos ordenados en primera instancia, debidamente indexados.

En sede de consulta en favor de Colpensiones, la Sala adicionará la decisión para precisar que todas las obligaciones de traslado impuestas a Colfondos, deberán hacerse con el suministro de la información prevista en el artículo 2.2.2.4.8 del Decreto 1833 de 2016 -por medio del cual se compilan las normas del Sistema General de Pensiones-, dentro de los 30 días siguientes a la sentencia emitida, y entregando la historia laboral del afiliado con la información discriminada y detallada por cada período cotizado, especificando cada valor, “...*junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen* ...”.

2.6. PRESCRIPCIÓN

La excepción de prescripción no está llamada a prosperar por cuanto la acción que involucra el tema de traslado de régimen pensional guarda relación inescindible con la causación, requisitos y valor de la pensión, ante ello se debe predicar la imprescriptibilidad de la presente acción, ver al respecto Sentencia SL-1421 de 2019, Radicado No. 56174 de 10 de abril de 2019.

En efecto, de manera reiterada y pacífica, la SCL de la Corte ha defendido la tesis de que las acciones judiciales encaminadas a que se compruebe la manera en que ocurrió un hecho o se reconozca un estado jurídico, son imprescriptibles. Lo anterior, bajo la premisa de que ni los hechos ni los estados jurídicos prescriben, a diferencia de lo que ocurre con los derechos de crédito y obligaciones que de ello surjan.

2.7 COSTAS DEL PROCESO

Costas de segunda instancia a cargo de Colpensiones, único apelante y en favor del demandante por no prosperar el recurso de apelación. Las agencias en derecho se fijan en \$1.300.000 pesos a cargo de esa entidad y en favor de la demandante.

Conforme con las razones fácticas, probatorias y de derecho expuestas en precedencia, la sentencia revisada en apelación y consulta se adiciona y confirmará.

En mérito de lo expuesto, la **SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ DC**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

IV. DECIDE:

PRIMERO: Adicionar el numeral segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá DC, el 21 de febrero de 2023 dentro del proceso promovido por Santiago José Ríos Begambre contra AFP Colfondos y Colpensiones, en cuanto a que AFP Colfondos deberá trasladar a **Colpensiones**, dentro de los 30 días siguientes a la sentencia, además de los conceptos dispuestos en la primera instancia y en esta sentencia debidamente indexados, la historia laboral del afiliado con la información discriminada y detallada por cada período cotizado, especificando cada valor, con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen, según las consideraciones de esta sentencia.

SEGUNDO: Costas de segunda instancia a cargo de Colpensiones, y en favor de la demandante por no prosperar el recurso de apelación. Las agencias en derecho se fijan en \$1.300.000 pesos para la recurrente.

TERCERO: Confirmar en lo demás la sentencia revisada en apelación y consulta, por los motivos antes expresados.

Notifíquese lo resuelto por **edicto, publíquese y cúmplase,**

Los magistrados,



CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO

Magistrada Ponente



LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ

Magistrada



RAFAEL ALBEIRO CHAVARRO POVEDA

Magistrado



DEMANDANTE:	Claudia Natalia Ruíz Rojas.
DEMANDADA:	Colpensiones, Porvenir y Protección.
TIPO DE PROCESO	Ordinario Laboral
TEMA	Ineficacia
DECISIÓN:	Adiciona y confirma
RADICADO Y LINK:	11001310503720200055901 11001310503720200055901

En Bogotá DC, a los veintidós (22) días de marzo de dos mil veinticuatro (2024), la Sala Segunda de Decisión Laboral, conformada por los **Magistrados Luz Marina Ibáñez Hernández, Rafael Albeiro Chavarro Poveda, y Claudia Angélica Martínez Castillo**, quien actúa como ponente, se reunió para resolver el recurso de apelación interpuesto **Colpensiones**, y el grado jurisdiccional de consulta que se surte en favor de esta, frente a la decisión adoptada por el **Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá DC**, en el proceso ordinario adelantado por la señora **Claudia Natalia Ruíz Rojas** en contra de las demandadas.

Una vez agotado el procedimiento previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la Sala profiere, por escrito, la siguiente:

SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

I. ANTECEDENTES:

1.1. PRETENSIONES.

Pretende la demandante la declaratoria de nulidad o ineficacia de su vinculación y traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -en adelante -RAIS- administrado por AFP Porvenir y Protección; que se declare que permaneció afiliada sin solución de continuidad en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida -en adelante RPM- hoy administrado por Colpensiones. En consecuencia, se ordene a Protección y Porvenir SA, trasladar a Colpensiones la totalidad de los aportes junto

con sus rendimientos y/o intereses moratorios y a Colpensiones a recibir los aportes; extra y ultra petita; costas y agencias en derecho (pág. 6, pdf. 01, C01).

1.2. HECHOS

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que nació el 2 de febrero de 1971; que el demandante se afilió al Instituto de Seguros Sociales hoy Colpensiones desde el septiembre de 1986 hasta abril de 1996 cuando se trasladó al RAIS a través de Colmena hoy Protección; pero que dicha decisión no fue informada, autónoma y consciente, ya que no se le brindó una asesoría completa, integral y veraz donde se le explicaran los beneficios y desventajas del traslado de régimen pensional. Señaló que solicitó la nulidad de la afiliación ante Colpensiones y Porvenir SA, y que fue despachada desfavorablemente.

1.3. TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA.

Admitida la demanda e integrada la litis, las demandadas se pronunciaron de forma oportuna, así:

Protección dio respuesta a la demanda, manifestando que es cierto el hecho referente a la edad de la afiliada, que cotizó en pensiones al RPMPD y el RAIS, la afiliación y traslado de régimen con Colmena, que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 la usuaria se encontraba en el RPMPD; Adicionalmente, niega e indica que no le constan los restantes hechos de la demanda, Se opone a las pretensiones del extremo activo. Y formula las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones e innominada o genérica.

Colpensiones, se opuso a las pretensiones de la demanda, pero aceptó los hechos relacionados a la fecha de nacimiento de la demandante, a la vinculación al RPMPD; que la actora presentó el agotamiento de la reclamación administrativa, solicitud que fue negada. Y para derruirlas formuló las excepciones de aplicación del precedente establecido en la sentencia SL 373 de 2021, el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe, innominada o genérica (pdf. 07, *ídem*).

Porvenir SA contestó que son ciertos los hechos referentes a la fecha de la afiliación a la AFP Porvenir, niega los hechos respecto al traslado, en cuanto a que según su dicho se hizo de forma informada, libre y voluntaria. Se opuso a las pretensiones de la demanda. Formuló como excepciones las de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y genérica (pdf. 09, C01).

1.4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá DC, mediante sentencia del 10 de febrero de 2023, dispuso:

PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA DEL ACTO JURÍDICO DE TRASLADO entre regímenes pensionales que efectuó la demandante señora CLAUDIA NATALIA RUIZ ROJAS del Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado en su momento por el ISS al Régimen del Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la AFP COLMENA que tuvo como fecha de suscripción el 20 de abril de 1999. En consecuencia, se DECLARA válida la afiliación de la demandante al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de la decisión.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., a transferir a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES-, todos los valores contenidos en su cuenta de ahorro individual junto con los rendimientos financieros, los gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, en los periodos de vinculación con la entidad, así como de los periodos en que estuvo afiliada con las AFP que asumió por fusión comercial, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de la decisión.

TERCERO: CONDENAR a la demandada ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A., a transferir con destino a COLPENSIONES, los gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, durante el periodo de vinculación que tuvo con la demandante con las entidades respecto de las cuales se produjo fusión comercial, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de la decisión.

CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas.

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 la AFP no demostró haberle suministrado a la actora información relevante, veraz y completa respecto del cambio de régimen y las modalidades de pensión en ese régimen, y que los formularios de vinculación por sí solos no constituyen prueba suficiente para dar por establecido que la información fue veraz, ni menos se probó el consentimiento informado para tomar la decisión de traslado la afectación del riesgo de la sostenibilidad financiera.

1.5. RECURSO DE APELACIÓN

Colpensiones apeló la decisión y manifestó que la demandante que manifestó su voluntad con el diligenciamiento del formulario y la información contenida en ese documento, lo que impide la demostración de un vicio en el consentimiento, máxime cuando no puede invocarse la ignorancia de la ley, para solicitar la ineficacia de su traslado. Y acotó que la decisión afecta el principio de sostenibilidad financiera por la sobrecarga en el régimen de prima media.

1.6. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Parte demandante formula sus alegatos, indicando que, al momento de la afiliación, en abril de 1996, la AFP Protección no ofreció información a la afiliada sobre *«las diferencias ni los beneficios de cada régimen pensional vigente, omisión del profesional en pensiones que genera las consecuencias que a hoy afecta al demandante»* (pdf. 06, C02).

El apoderado de **Porvenir SA** expresó que no se probaron los elementos constitutivos de la nulidad absoluta o relativa del acto de traslado, ni que se haya configurado un vicio del consentimiento, por el contrario, el traslado se realizó de manera libre, voluntaria y consiente, de acuerdo al formulario de afiliación suscrito por la demandante, y que ésta no hizo uso del traslado para retornar al RPM. Respecto del pago de la devolución de los gastos de administración y de los seguros previsionales, recordó que tienen una destinación específica, y los segundos fueron trasladados a la compañía aseguradora con la que se contrató la cobertura, con la finalidad de proporcionar al afiliado el aseguramiento de los riesgos de invalidez y muerte, por ello las invirtió conforme con la estructura del RAIS, y por ello no procede su devolución. Por último, presente reparos contra la solicitud de indexación de los aportes (pdf. 08, idem).

Colpensiones presentó sus alegaciones, manifestando que la afiliación no es nula, y que la carga de la prueba le corresponde a la demandante quien deberá probar los vicios del consentimiento. Aseguró que *«hubiese evidenciado las irregularidades en sus traslados sin haber formulado duda o inquietud de la decisión tan importante que ello implicaba, y no fue sino hasta haber acreditado la edad exigida por la ley para acceder a la pensión de vejez»*. En consecuencia, pide que se revoque la decisión del a quo y además pide el relevo de las costas del proceso en contra de esta enjuiciada (pdf. 10, idem).

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

2.1. PRESUPUESTOS PROCESALES Y ALCANCE DEL RECURSO.

Conoce la Sala del recurso de apelación y de la consulta de la sentencia a favor de Colpensiones de conformidad con lo señalado en los artículos 66A y 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

2.2. PROBLEMA JURÍDICO

Esta Sala analizará, si acertó el juez al declarar la ineficacia del traslado de la demandante Claudia Natalia Ruíz Rojas al RAIS, con el consecuente regreso al RPM administrado por Colpensiones, y establecer las consecuencias derivadas de ello.

2.3. HECHOS RELEVANTES PROBADOS

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: i) el demandante nació el 22 de febrero de 1971 (pág. 16, pdf. 01, C01); ii) cotizó al RPM a través del ISS hoy Colpensiones desde el 6 de marzo de 1996 al 31 de mayo de 1999 (pág. 131, pdf. 09, C01); iii) el 1 de junio de 1999 al RAIS administrado por Colmena mediante la suscripción del formulario de afiliación (pág. 131, *ídem*), como se acredita con la certificación SIAFP, administradora en la que actualmente se encuentra afiliada con un total de 1060 semanas conforme la historia laboral aportada.

2.4. INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL.

El primer aspecto es recordar que, según el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, la selección de cualquiera de los regímenes previstos en el literal a) de esa disposición es libre y voluntaria, de manera que, cuando cualquier persona natural o jurídica, desconozca ese derecho, se hará acreedor a las sanciones del inciso 1º del artículo 271 de la misma ley, y en virtud de ésta norma, cualquier persona que atente contra el derecho del trabajador a su afiliación, traerá como consecuencia que la afiliación quede sin efecto.

Aunque la afiliación es libre y voluntaria, las administradoras de pensiones están compelidas a cumplir con el deber de información, por lo que la decisión de traslado tiene que estar precedida del cumplimiento de ese mandato, tal como lo dispone el artículo 97, numeral 1° del Decreto 663 de 1993, que la misma debe ser transparente a los afiliados, *«de suerte que les permita, mediante elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado y tomar decisiones informadas»*.

Por información necesaria, la Sala de Casación Laboral ha afirmado que comprende:

(...)la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones», y respecto a la transparencia, ha explicado que implica la obligación de dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, «los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios» (CSJ SL1452-2019, reiterada en SL1688-2019 y SL1689-2019).

Así, el fondo de pensiones es responsable de proporcionar e indicar al usuario que pretende trasladarse de régimen, los elementos determinantes para tomar una decisión informada. En ese orden, el traslado no surte efectos cuando se le oculta información o no se le brinda en forma completa, porque en ese caso no existe una decisión verdaderamente libre y voluntaria, ya que la determinación de trasladarse de régimen pensional puede variar según la información que se brinde (sentencias CSJ SL373-2021 MP Clara Cecilia Dueñas Quevedo; CSJ SL12136-2014 MP Elsy del Pilar Cuello Calderón y CSJ SL17595-2017 sentencia de instancia).

Por lo tanto, no es posible evidenciar un verdadero consentimiento informado en quien carece de los elementos suficientes para adoptar una decisión adecuada a sus circunstancias particulares, de manera que es insuficiente afirmar que la afiliada expresó su voluntad al permanecer en el RAIS y que su vinculación conserva validez, cuando la administradora incumplió la obligación de brindarle la información necesaria, en obediencia a lo establecido en los artículos 2 y 12 del Decreto 663 de 1993.

De este modo, como la afiliada adujo la falta de información o la mala entrega de ésta por parte de la AFP, la administradora tiene sobre sí la carga de demostrar el cumplimiento de esa obligación, por cuanto: *«la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo»* (artículo 1604 CC), en ese orden, Porvenir

SA es quien debe probar en contrario, es decir, que sí proporcionó la información completa y suficiente, en las etapas preparatorias y previas al traslado. Como la entidad cuenta con los medios técnicos y los conocimientos respecto a los servicios que ofrece, era quien debía probar que brindó una asesoría integral y completa a la demandante al momento de su traslado, y/o migración en el mismo, analizando las circunstancias particulares de su caso.

Se reitera que la carga de la prueba, sin importar la circunstancia particular de la afiliada, está a cargo de las AFP, toda vez que: (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuar 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 es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento, y (iii) no es razonable invertir la carga de la prueba en contra de la otra parte de la relación contractual, ya que las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia respecto al afiliado lego (CSJ SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689-2019 y SL4426-2019).

En ese orden, la constatación de que se cumplió con el deber de información es ineludible, por lo que la simple firma del formulario de afiliación es insuficiente para acreditar el consentimiento informado de la afiliada. Este es el criterio postulado por la CSJ en su Sala Laboral, en la sentencia SL19447-2017:

el acto de afiliación o traslado de régimen pensional debe estar acompañado de la decisión libre y voluntaria del afiliado, la cual no se limita a la simple manifestación de quien decide trasladarse, sino que debe ajustarse a los parámetros de libertad informada, es decir, la solicitud y trámite de traslado de régimen pensional, debe estar precedida de una información clara, comprensible y suficiente, sobre las consecuencias favorables y desfavorables que su decisión acarrea» (CSJ SL7561-2021, CSJ SL5595-2021, CSJ3719-2021),

Ahora, el hecho de que la afiliada hubiese suscrito el formulario de vinculación o que en el mismo se empleen leyendas o afirmaciones tales como que «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otras similares que suelen consignarse en los formatos preimpresos, no liberan a las AFP de su obligación de cumplir de manera rigurosa y de buena fe su deber de información. A lo sumo, estas expresiones sirven para acreditar un consentimiento sin vicios, pero no uno debidamente informado (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31314,

SL, 22 nov. 2011, rad. 33083, SL4964-2018, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018, SL1421-2019 y SL2877-2020).

El argumento referente a que se impone una obligación inexistente al momento de la vinculación no es acertado por cuanto desde la creación de las AFP, estaban compelidas a suministrar información objetiva, comparada y transparente sobre las características, **ventajas y desventajas** de cada uno de los regímenes pensionales, así como de las **consecuencias jurídicas del traslado**, como lo preceptúa el artículo 97, numeral 1º del Decreto 663 de 1993, en armonía con el artículo 13, literal b) de la Ley 100 de 1993 (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689-2019, SL3464-2019, SL4360-2019, SL2611-2020, SL4806-2020 y SL373-2021).

En sus deberes estaba informar, verbigracia, las diferentes modalidades pensionales, que el valor de la pensión de vejez en el RAIS depende del capital consignado en la cuenta de ahorro individual; que si no completa el capital suficiente para obtener por lo menos una pensión mínima -equivalente al 110% del SMLMV a la fecha de expedición de la Ley 100 de 1993, actualizado con el IPC (Índice de Precios al Consumidor), debe seguir cotizando, si es o no beneficiario del régimen de transición pensional y las ventajas que se derivan del mismo, así como efectuarle las proyecciones aritméticas y los comparativos necesarios hacia el futuro de ambas opciones, con el cálculo aproximado del monto pensional que le correspondería, y en fin, mostrarle a la afiliada **con detalle**, las **ventajas y desventajas** de tomar la decisión de traslado de régimen pensional, para que la misma sea realmente libre y voluntaria.

Luego hay que insistir en que, la labor del funcionario del fondo privado de pensiones en el momento previo a hacer efectivo el traslado de régimen, debe trascender al «*deber del buen consejo*», como lo ha señalado la jurisprudencia laboral, en la medida que es responsabilidad de dichas administradoras y de sus promotores y/o asesores, velar por la información entregada a sus usuarios -art. 10 D.720/94- por el cual se reglamentaron los artículos 105 y parcialmente el 287 de la Ley 100 de 1993.

Ahora, aunque Protección SA haya afirmado al contestar la demanda que a la demandante le brindaron la asesoría requerida suficiente para el caso, y del derecho que tenía de trasladarse de régimen pensional, la Sala no encuentra demostración de que rebata la negación indefinida de la actora que no la recibió. Observándose

que la demandante no confesó ni aceptó que conocía el régimen, que a la empresa donde laboraba para la época le manifestaron de iban a cambiarse a Colmena y se les obligó a realizar el traslado, por la supuesta razón de que el ISS sería liquidado, como algo masivo no hubo una explicación profunda, por el contrario, dijo que no sabía efectivamente todas las características de ambos regímenes, las ventajas, desventajas y consecuencias de su traslado.

Por ello, la Sala concluye que se incumplió uno de los presupuestos para la eficacia del acto de traslado de régimen pensional, como es, el deber de información, cuya ausencia, dada su incidencia en el derecho a la pensión de vejez, trae como consecuencia la declaración de ineficacia del traslado, y que las cosas vuelvan al estado anterior en el que se encontraban antes de aquella, como que el demandante nunca se trasladó al RAIS. Razón por la que en este punto se confirmará la decisión de primer grado.

2.5. CONSECUENCIAS DE LA DECLARATORIA DE INEFICACIA DEL TRASLADO.

La declaratoria de ineficacia implica que las cosas vuelven al mismo estado en que se hallarían de no haber existido el cambio, esto es, se priva de todo efecto práctico al traslado *«bajo la ficción jurídica de que aquella nunca se trasladó al RAIS o, más bien, siempre estuvo afiliada al régimen de prima media con prestación definida»* (CSJ SL1689-2017).

Considera la Corporación que, al declararse la ineficacia del traslado de la demandante del RPM al RAIS, **todos los actos jurídicos que se celebraron tras la suscripción de dicha afiliación pierden su fuerza vinculante**; por lo que es legítimo que Porvenir SA y Protección trasladen a Colpensiones no solo los valores existentes en la cuenta de ahorro individual con los rendimientos financieros, sino también, los porcentajes destinados a gastos de administración, primas de seguros previsionales y al fondo de garantía de pensión mínima, **sin que la AFP pueda conservar ningún valor descontado de la cotización.**

Así lo ha determinado la jurisprudencia uniforme de nuestro órgano de cierre jurisdiccional desde la sentencia con Rad 31989 del 9 de sept/08, M.P. Eduardo López Villegas, reiterada en las SL 4989 y 4964 del 14 de nov/18, radicados 47.125 y 54.814, respectivamente, M.P. Gerardo Botero Zuluaga, SL 1688 del 8 mayo/19,

SL 2877 del 29/07/2020, Rad. 78667, M.P Clara Cecilia Dueñas Quevedo, SL 3034 Rad. 86961 del 07/07/2021; 3571 Rad. 88476 del 04/08/2021; 3708 Rad 88556 del 18/08/2021; 3709 Rad. 88875 y 3710 Rad. 88550 del 18/08/2021; 3769 Rad, 84296 del 11/08/2021, SL755 Rad 90519, SL756 Rad 90548 del 09/03/2022 y SL1019 Rad 87915 del 16/03/2022, M.P Luis Benedicto Herrera Díaz; y SL843 Rad 85499 del 16/03/2022 M.P Gerardo Botero Zuluaga.

Ante la orden de traslado, al no haberse solicitado como pretensión de la demanda la indexación, de conformidad con los parámetros establecidos en reciente jurisprudencia, esta Corporación procede de oficio a ordenar que los gastos de administración, las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y los aportes al fondo de garantía de pensión mínima, sean trasladados debidamente indexados, a favor de Colpensiones y con cargo de los recursos propios de los fondos privados. Como se determinó en la sentencia SL-359 de 2021 y especialmente la SL-950 de 2022, en la que se señala:

... 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 sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones. Criterio que resulta igualmente aplicable respecto del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.

Por consiguiente, se adicionará la orden de devolución de todos los conceptos ordenados en primera instancia, debidamente indexados.

En sede de consulta en favor de Colpensiones, la Sala adicionará la decisión para precisar que todas las obligaciones de traslado impuestas a Porvenir SA, deberán hacerse con el suministro de la información prevista en el artículo 2.2.2.4.8 del Decreto 1833 de 2016 -por medio del cual se compilan las normas del Sistema General de Pensiones-, dentro de los 30 días siguientes a la sentencia emitida, y entregando la historia laboral del afiliado con la información discriminada y detallada por cada período cotizado, especificando cada valor, *“...junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen ...”*.

2.6. PRESCRIPCIÓN

La excepción de prescripción no está llamada a prosperar por cuanto la acción que involucra el tema de traslado de régimen pensional guarda relación inescindible con la causación, requisitos y valor de la pensión, ante ello se debe predicar la imprescriptibilidad de la presente acción, ver al respecto Sentencia SL-1421 de 2019, Radicado No. 56174 de 10 de abril de 2019.

En efecto, de manera reiterada y pacífica, la SCL de la Corte ha defendido la tesis de que las acciones judiciales encaminadas a que se compruebe la manera en que ocurrió un hecho o se reconozca un estado jurídico, son imprescriptibles. Lo anterior, bajo la premisa de que ni los hechos ni los estados jurídicos prescriben, a diferencia de lo que ocurre con los derechos de crédito y obligaciones que de ello surjan.

2.7 COSTAS DEL PROCESO

Costas de segunda instancia a cargo de Colpensiones, único apelante y en favor del demandante por no prosperar el recurso de apelación. Las agencias en derecho se fijan en \$1.300.000 pesos a cargo de esa entidad y en favor de la demandante.

Conforme con las razones fácticas, probatorias y de derecho expuestas en precedencia, la sentencia revisada en apelación y consulta se adiciona y confirmará.

En mérito de lo expuesto, la **SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ DC**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

IV. DECIDE:

PRIMERO: Adicionar el numeral segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá DC, el 10 de febrero de 2023 dentro del proceso promovido por Claudia Natalia Ruíz Rojas contra AFP Porvenir, Protección y Colpensiones, en cuanto a que AFP Porvenir deberá trasladar a **Colpensiones**, dentro de los 30 días siguientes a la sentencia, además de los conceptos dispuestos en la primera instancia y en esta sentencia debidamente indexados, la historia laboral del afiliado con la información discriminada y detallada por cada período cotizado, especificando cada valor, con el detalle pormenorizado

de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen, según las consideraciones de esta sentencia.

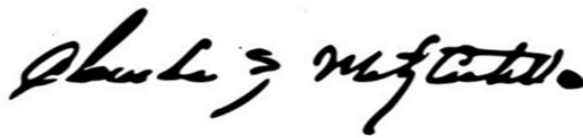
SEGUNDO: Adicionar el numeral tercero de la sentencia revisada, en cuanto a que AFP Protección deberá trasladar a **Colpensiones**, dentro de los 30 días siguientes a la sentencia, los conceptos dispuestos en la primera instancia y en esta sentencia debidamente indexados, según las consideraciones de esta sentencia.

TERCERO: Costas de segunda instancia a cargo de Colpensiones, y en favor de la demandante por no prosperar el recurso de apelación. Las agencias en derecho se fijan en \$1.300.000 pesos para la recurrente.

CUARTO: Confirmar en lo demás la sentencia revisada en apelación y consulta, por los motivos antes expresados.

Notifíquese lo resuelto por **edicto, publíquese y cúmplase**,

Los magistrados,



CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO

Magistrada Ponente



LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ

Magistrada



RAFAEL ALBEIRO CHAVARRO POVEDA

Magistrado



DEMANDANTE:	Arismedy Galvis Mahecha
DEMANDADA:	Colpensiones, Colfondos, Skandia, Protección SA
LLAMADA EN GARANTÍA:	Mapfre Colombia Vida Seguros SA
TIPO DE PROCESO	Ordinario Laboral
TEMA	Ineficacia
DECISIÓN:	Revoca parcialmente y confirma.
RADICADO Y LINK:	11001310502120180063901 11001310502120180063901

En Bogotá DC, a los veintidós (22) días de marzo de dos mil veinticuatro (2024), la **Sala Segunda de Decisión Laboral, conformada por los Magistrados Luz Marina Ibáñez Hernández, Rafael Albeiro Chavarro Poveda, y Claudia Angélica Martínez Castillo**, quien actúa como ponente, se reunió para resolver los recursos de apelación interpuestos por Skandia SA y Colpensiones, y el grado jurisdiccional de consulta que se surte en favor de ésta última, frente a la decisión adoptada por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá DC, en el proceso ordinario adelantado por la señora **Arismedy Galvis Mahecha** en contra de **Protección SA**.

Una vez agotado el procedimiento previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la Sala profiere, por escrito, la siguiente:

SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

I. ANTECEDENTES:

1.1. PRETENSIONES.

Pretende la demandante se declare la nulidad de su vinculación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -en adelante -RAIS- administrado por Colfondos SA, que Old Mutual SA, ordene su traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida -en adelante RPMPD-; así como que se ordene el retorno a Colpensiones y su afiliación sin solución de continuidad. En consecuencia, se ordene a Old Mutual SA trasladar a Colpensiones la totalidad de los aportes junto

con sus rendimientos, y a Colpensiones a recibir los aportes (págs. 8-9, pdf. 91-5, pdf. 01 C01).

1.2. HECHOS

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que estuvo vinculada al RPMPD y luego se vinculó al RAIS con la AFP Colfondos SA. Pero que, la decisión inicial del traslado no fue informada, autónoma y consciente, por cuanto en ningún momento la AFP le brindó una asesoría completa, integral y veraz donde se le explicaran los beneficios y desventajas del traslado de régimen pensional. Se trasladó a la AFP Old Mutual; sin que hubiera presentado comunicación escrita ante su empleador para cambiarse de fondo de pensiones, para que pueda tratarse de una selección libre y espontánea; que Old Mutual SA negó la autorización del traslado al RPMPD; que agotó la reclamación administrativa ante Colpensiones sin obtener respuesta.

1.3. TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA.

Admitida la subsanación de la demanda e integrada la litis, las demandas se pronunciaron de forma oportuna, así:

Colpensiones aceptó únicamente el hecho relacionado con el agotamiento de la reclamación administrativa, y aclaró que sí le dieron respuesta de forma negativa; de los demás hechos dijo no constare o los negó. Propuso las excepciones de mérito que denominó: descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica (pág. 102-142, pdf. 01 *idem*).

Colfondos SA al contestar admitió los hechos que hacer referencia a su afiliación a dicho fondo, la petición de traslado elevada por la actora ante ese fondo y Old Mutual, como los fundamentos y pedimentos que contenía cada una. Presentó oposición a la pretensiones de la demanda, y formuló como excepciones de fondo las de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de

la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos SA, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, y compensación y pago (pág. 169-185, idem).

Skandia SA, al contestar propuso la excepción previa de no comprender la demanda a todos los litisconsortes necesarios a fin de que se integrara al contradictorio a la AFP Protección SA. De los hechos aceptó el traslado en el RAIS a Old Mutual SA, el agotamiento de la reclamación administrativa y la respuesta desfavorable que emitió Colpensiones, y la solicitud de desvinculación ante Old Mutual SA; de los demás hechos dijo no constarle. Y para derribar las pretensiones formuló las excepciones de fondo que denominó: Skandia no participó ni intervino en el momento de selección de régimen, la demandante se encuentra inhabilitado para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado, ausencia de configuración de causales de nulidad, inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al RAIS, ausencia de falta al deber de asesoría e información, los supuestos fácticos de este proceso, no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por el demandante, prescripción, imposibilidad de reintegrar gastos de administración, buena fe y la genérica (pág. 241-263, idem).

A su vez, solicitó el llamamiento en garantía a la aseguradora Mapfre Colombia Vida Seguros SA, con ocasión del contrato de seguro previsional que suscribió con esta entidad para cubrir los riesgos de invalidez y muerte de los afiliados, con vigencia entre los años 2007 a 2018 (pdf. 325-328, idem).

Mediante auto calendarado 3 de marzo de 2021, el juzgado ordenó la vinculación de Protección SA como litis consorte necesario (pdf. 394-398, idem), quien contestó en los siguientes términos:

Protección SA presentó oposición a las pretensiones de la demanda; no admitió ninguno de los hechos, sino que los negó o manifestó no constarle. Formuló como excepciones de mérito de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: Inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declare la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia

de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declare la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derecho de terceros de buenas fe, y la innominada o genérica, y traslado de la totalidad de los aptes a la AFP Skandia, traslado y movilidad dentro del RAIS a través de diferentes AFPs convalidada la voluntad de estar afiliado a dicho régimen (pág. 471-498, ídem).

1.4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá DC, mediante sentencia del 9 de marzo de 2023, dispuso:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la señora ARISMEDY GALVIS MAHECHA al régimen de ahorro individual el 28 de agosto de 1995, con fecha de efectividad el 01 de septiembre de la misma anualidad, por intermedio o a través de COLFONDOS S.A., quedando cobijados por la ineficacia también los traslados realizados con posterioridad a PROTECCIÓN Y SKANDIA S.A.; en consecuencia, declarar como afiliación válida la del régimen de prima media con prestación definida, administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.

SEGUNDO: CONDENAR a COLFONDOS S.A. y a PROTECCIÓN S.A. a trasladar a COLPENSIONES, dentro del término de un (1) mes siguiente a la ejecutoria de esta decisión, la totalidad de los dineros que descontaron de los aportes realizados por la señora ARISMEDY GALVIS MAHECHA por motivo de gastos y comisión de administración, aporte de la garantía de la pensión mínima, seguros previsionales y lo descontado por concepto de traslado, debidamente indexados, desde el momento de la afiliación y durante el tiempo de permanencia de ésta a cada uno de esas AFP con cargo a sus propios recursos y utilidades.

TERCERO: CONDENAR a SKANDIA S.A. último fondo al que se encuentra afiliado actualmente la demandante a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los dineros que recibió por motivo de la afiliación por traslado horizontal de fondo de la demandante -aportes pensionales, cotizaciones, bonos pensionales-, incluyendo los rendimientos generados por estos y los dineros destinados para la garantía de la pensión mínima; así como los gastos de administración, las comisiones y lo pagado por seguro previsional, debidamente indexados desde el traslado horizontal y hasta que se efectúe su pago, los cuales debe asumir con cargo a sus propios recursos y utilidades, sin deducción alguna por gastos de traslado, contenidos en la cuenta de ahorro individual de la señora ARISMEDY GALVIS MAHECHA. Para ello se concede el término de un (1) mes siguiente a la ejecutoria de esta providencia. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

CUARTO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a activar la afiliación del demandante en el régimen de prima media con prestación definida y a actualizar su historia laboral.

QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por SKANDIA S.A., PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES, y el llamado en garantía MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. frente a la demanda principal, conforme a lo motivado.

SEXTO: DECLARAR PROBADA las excepciones propuestas por MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. relacionadas con el llamamiento en garantía de acuerdo con la parte motiva frente al llamamiento en garantía.

SÉPTIMO: ABSOLVER al llamado en garantía MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.

OCTAVO: CONDENAR en COSTAS DE ESTA INSTANCIA a las demandadas y a favor de la demandante. Líquidense por Secretaría, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$1.000.000 a cargo de COLFONDOS S.A. y la suma de \$300.000 a cargo de COLPENSIONES, SKANDIA S.A. Y PROTECCIÓN S.A., para cada una.

NOVENO: CONDENAR en COSTAS a cargo de SKANDIA S.A. y a favor de MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. en virtud del llamamiento en garantía efectuado. Líquidense por Secretaría, como agencias en derecho la suma de \$700.000(sic).

DÉCIMO: CONSULTAR esta decisión con la Sala Laboral del H. Tribunal Superior del Distrito de Bogotá D.C., por ser adversa a los intereses de COLPENSIONES, en caso de no ser apelada oportunamente.

Conforme a la línea jurisprudencial trazada por la Corte Constitucional y la Sala de Casación Laboral de la CSJ, consideró que lo procedente era declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional surtido por la demandante, en la medida en que ninguna de las AFP demandadas probó haberle suministrado información relevante, veraz y completa, al momento de su afiliación al RAIS o de su traslado entre AFP, en razón de que los formularios de afiliación por sí solos no constituyen prueba suficiente para tener por demostrado que la información fue veraz.

Desestimó el llamamiento en garantía que hizo Skandia SA a la aseguradora Mapfre Colombia Vida Seguros SA, por cuanto el fondo es el tomador del seguro que ampara los riesgos de invalidez y sobreviviente para cubrir las sumas adicionales o faltantes para completar el capital necesario para financiar las pensiones por esos riesgos, y el cubrimiento de la póliza contratada no fue objeto de este proceso, y que la orden impartida fue la devolución de las primas de seguro pagadas en vigencia de dicho contrato y recibidas por un tercero; aunado a que la declaratoria de ineficacia no puede afectar o causar la validez, existencia o eficacia del referido contrato de seguro.

1.5. RECURSO DE APELACIÓN

Skandia, expresó su inconformidad de manera parcial con la decisión en torno a la condena a devolver gastos y comisiones de administración, primas para seguros de

invalidez y muerte, y seguros previsionales previamente indexados; por cuanto esos descuentos están consagrados para ambos regímenes, y que en ese fondo es lo que genera las comisiones que a su vez causan unos rendimientos; y que los descuentos para seguros previsionales, están en cabeza de la aseguradora a quien le fueron pagados, para la cobertura de los riesgos de invalidez y sobrevivientes de la que gozó el afiliado durante su cobertura; que las restituciones mutuas se deben hacer previa ponderación objetiva por el juez para impedir el perjuicio económico que se les está causando con el traslado. Y que, en caso de no revocarse la condena a la devolución de los seguros previsionales, se redirija a la aseguradora Mapfre por ser ésta quien los recibió para su administración.

Colpensiones manifestó en la sustentación del recurso, que no hay vicios del consentimiento porque la actora efectuó su traslado de manera libre y voluntaria con el cumplimiento de las solemnidades legales; que sus migraciones dentro del RAIS evidencian su deseo de continuar vinculada a éste y que conoce su funcionamiento; que no retornó al RPMPD cuando tenía la oportunidad legal para hacerlo. En cuanto a la carga probatoria, advirtió que por el transcurrir del tiempo no puede probarse el suministro de la información, y que para la fecha de traslado no había ninguna exigencia legal distinta al documento de afiliación que contenía la voluntad de afiliarse o permanecer en el RAIS.

Solicitó que en, caso de confirmarse la sentencia, se ordene la devolución de las sumas obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante, y las cuotas abonadas al fondo de garantía de pensión mínima, rendimientos, anulación de bonos pensionales, porcentajes destinados a pagos de seguros previsionales y gastos de administración y los demás a los que hubo lugar, debidamente indexados, por el período que permaneció afiliada la demandante al RAIS. Y que no se condene en costas por el daño injustificado que se le causó.

1.6. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

El apoderado de la **demandante** solicitó la confirmación de la sentencia en torno a la declaratoria de ineficacia y las consecuencias de esta, en aplicación del precedente jurisprudencial y revocarla a fin de condenar en costas a Colpensiones; reiterando los argumentos expuestos en primera instancia para sustentar el recurso (pdf. 006, C002).

El apoderado de **Colpensiones** reiteró los argumentos expuestos en la sustentación del recurso en la primera instancia para que se revoque la sentencia, y en caso de acceder a sus reparos; la condena se supedite que Protección SA y AFP Protección SA, trasladen según corresponda debidamente indexado o con intereses a Colpensiones la totalidad de valores consignados en la cuenta de ahorro individual día demandante desde su afiliación a la actualidad, seguros previsionales, gastos de administración, rendimientos, fondo de garantía de pensión mínima, fondo de solidaridad pensional, y los bonos pensionales si los hubiere causado en los fondos donde estuvo afiliada la actora (pdf. 008 *idem*).

El apoderado de **Protección SA** expresó que no se configuraron los presupuestos de la ineficacia del traslado de régimen pensional, dado que se realizó de manera libre, voluntaria y consiente, tal y como se expresó en el formulario de afiliación de acuerdo a la normatividad vigente, y que la accionante pudo haberse trasladarse oportunamente; que no es argumento para acceder a la ineficacia la inconformidad de la demandante en cuanto a la diferencia en el monto de la mesada a percibir en cada régimen, porque este factor no vicia su voluntad. Señaló que solo deberían restituir los rendimientos de los aportes que hubieran tenido en el RPMPD. Que no procede la devolución de los gastos de administración, de los seguros previsionales tienen una destinación específica, y los segundos fueron trasladados a la compañía aseguradora con la que se contrató la cobertura, con la finalidad de proporcionar al afiliado el aseguramiento de los riesgos de invalidez y muerte de conformidad a la estructura del RAIS, y que se desestime la condena en costas (pdf 008, *idem*).

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

2.1. PRESUPUESTOS PROCESALES Y ALCANCE DEL RECURSO.

Conoce la Sala de los recursos de apelación y de la consulta de la sentencia a favor de Colpensiones de conformidad con lo señalado en los artículos 66A y 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

2.2. PROBLEMA JURÍDICO

Esta Sala analizará, si acertó el juez al declarar la ineficacia del traslado de la demandante Arismedy Galvis Mahecha al RAIS, con el consecuente regreso al RPM administrado por Colpensiones, y establecer las consecuencias derivadas de ello.

2.3. HECHOS RELEVANTES PROBADOS

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: i) la demandante nació el 22 de septiembre de 1962 (pág. 87, pdf. 01, C001); ii) cotizó al RPM a través del ISS hoy Colpensiones desde el 27 de abril de 1981, hasta el 29 de febrero de 1988 como lo acredita el reporte de semanas cotizadas de Colpensiones (expediente administrativo, pdf. 02 *idem*); iii) se trasladó al RAIS administrado por Colfondos SA mediante la suscripción del formulario de afiliación de la fecha 30 de agosto de 1995, con afiliación activa desde el 01 de septiembre de 1995 (pág. 426, *idem*), iv) que diligenció formulación de vinculación o traslado a Protección SA el 24 de mayo de 2000 (pág. 499, *idem*), v) que suscribió formulario de afiliación con Skandia SA el 4 de agosto de 2005, con fecha de efectividad el 1 de octubre de 2005, como se vislumbra en el formulario de vinculación (pág. 279 *idem*), y donde registra cotizaciones hasta el mes de septiembre de 2020, según la historia laboral que anexó dicho fondo (pág. 280-293, *idem*); vi) agotamiento de la reclamación administrativa ante Colpensiones solicitando la aceptación del traslado y retorno a dicha administradora (pág. 84-85, *idem*).

2.4. INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL.

El primer aspecto es recordar que, según el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, la selección de cualquiera de los regímenes previstos en el literal a) de esa disposición es libre y voluntaria, de manera que, cuando cualquier persona natural o jurídica, desconozca ese derecho, se hará acreedor a las sanciones del inciso 1º del artículo 271 de la misma ley, de acuerdo con la cual, cualquier persona que atente contra el derecho del trabajador a su afiliación, traerá como consecuencia que la afiliación quede sin efecto.

Aunque la afiliación es libre y voluntaria, las administradoras de pensiones están compelidas a cumplir con el deber de información, por lo que la decisión de traslado debe estar precedida del cumplimiento de ese mandato, tal como lo dispone el artículo 97, numeral 1º del Decreto 663 de 1993, que la misma debe ser

transparente a los afiliados, *«de suerte que les permita, mediante elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado y tomar decisiones informadas»*.

Por información necesaria, la Sala de Casación Laboral ha afirmado que comprende:

la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones», y respecto a la transparencia, ha explicado que implica la obligación de dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, «los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios» (CSJ SL1452-2019, reiterada en SL1688-2019 y SL1689-2019)".

Así, el fondo de pensiones es responsable de proporcionar e indicar al usuario que pretende trasladarse de régimen, los elementos determinantes para tomar una decisión informada. En ese orden, el traslado no surte efectos cuando se le oculta información o no se le brinda en forma completa, porque en ese caso no existe una decisión verdaderamente libre y voluntaria, ya que la determinación de trasladarse de régimen pensional puede variar según la información que se brinde (sentencias CSJ SL373-2021 MP Clara Cecilia Dueñas Quevedo; CSJ SL12136-2014 MP Elsy del Pilar Cuello Calderón y CSJ SL17595-2017 sentencia de instancia).

Por lo tanto, no es posible evidenciar un verdadero consentimiento informado en quien carece de los elementos suficientes para adoptar una decisión adecuada a sus circunstancias particulares, de manera que es insuficiente afirmar que el afiliado expresó su voluntad al permanecer en el RAIS y que su vinculación conserva validez, cuando ambas administradoras incumplieron la obligación de brindarle la información necesaria, en obediencia a lo establecido en los artículos 2 y 12 del Decreto 663 de 1993, vigentes a la fecha del traslado y de la migración entre el RAIS.

De este modo, como la afiliada adujo la falta de información o la mala entrega de esta por parte de las AFP a las que estuvo afiliada y a la que se encontraba vinculada a la fecha de la demanda, éstas tienen sobre sí la carga de demostrar el cumplimiento de esa obligación, por cuanto: *«la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo»* (artículo 1604 CC), en ese orden, Protección SA era quien debía probar en contrario, que sí proporcionó la información completa

y suficiente, en las etapas preparatorias y previas al traslado, porque cuentan con los medios técnicos y los conocimientos respecto a los servicios que ofrecen, es decir, era quien debía arrojar elementos de convicción al interior del proceso que, se brindó una asesoría personalizada y completa a la demandante al momento de su traslado, y/o migración en el mismo, analizando las circunstancias particulares de su caso.

Se reitera que la carga de la prueba, sin importar la circunstancia particular del afiliado, está a cargo de las AFP, toda vez que: (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuar 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, en razón de que es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento, y (iii) no es razonable invertir la carga de la prueba en contra de la otra parte de la relación contractual, por cuanto las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia respecto al afiliado lego (CSJ SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689-2019 y SL4426-2019).

En ese orden, la constatación de que se cumplió con el deber de información es ineludible, por lo que la simple firma del formulario de afiliación es insuficiente para acreditar el consentimiento informado del afiliado. Este es el criterio postulado por la CSJ en su Sala Laboral, en la sentencia SL19447-2017:

el acto de afiliación o traslado de régimen pensional debe estar acompañado de la decisión libre y voluntaria del afiliado, la cual no se limita a la simple manifestación de quien decide trasladarse, sino que debe ajustarse a los parámetros de libertad informada, es decir, la solicitud y trámite de traslado de régimen pensional, debe estar precedida de una información clara, comprensible y suficiente, sobre las consecuencias favorables y desfavorables que su decisión acarrea» (CSJ SL7561-2021, CSJ SL5595-2021, CSJ3719-2021),

Ahora, el hecho de que la afiliada hubiese suscrito el formulario de vinculación de cada AFP o que en el mismo se empleen leyendas o afirmaciones tales como que *«la afiliación se hace libre y voluntaria»*, *«se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones»* u otras similares que suelen consignarse en los formatos preimpresos, no las libera de su obligación de cumplir de manera rigurosa y de buena fe su deber de información. A lo sumo, estas expresiones sirven para acreditar un

consentimiento sin vicios, pero no uno debidamente informado (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31314, SL, 22 nov. 2011, rad. 33083, SL4964-2018, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018, SL1421-2019 y SL2877-2020).

El argumento de **Colpensiones** referente a que se impone una obligación inexistente al momento de la vinculación no es acertado por cuanto desde la creación de las AFP, estaban compelidas a suministrar información objetiva, comparada y transparente sobre las características, **ventajas y desventajas** de cada uno de los regímenes pensionales, así como de las **consecuencias jurídicas del traslado**, como lo preceptúa el artículo 97, numeral 1º del Decreto 663 de 1993, en armonía con el artículo 13, literal b) de la Ley 100 de 1993 (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689-2019, SL3464-2019, SL4360-2019, SL2611-2020, SL4806-2020 y SL373-2021).

En sus deberes estaba informar de las diferentes modalidades pensionales, que el valor de la pensión de vejez en el RAIS depende del capital consignado en la cuenta de ahorro individual; que si no completa el capital suficiente para obtener por lo menos una pensión mínima -equivalente al 110% del SMLMV a la fecha de expedición de la Ley 100 de 93, actualizado con el IPC (Índice de Precios al Consumidor), debe seguir cotizando, si es o no beneficiario del régimen de transición pensional y, las ventajas que se derivan del mismo, así como efectuarle las proyecciones aritméticas y los comparativos necesarios hacia el futuro de ambas opciones, con el cálculo aproximado del monto pensional que le correspondería, y en fin, mostrarle al afiliado **con detalle**, las ventajas y desventajas de tomar la decisión de traslado de régimen pensional, para que la misma sea realmente libre y voluntaria.

Labor que debe trascender al «*deber del buen consejo*», como lo ha señalado la jurisprudencia laboral, en la medida que es responsabilidad de dichas administradoras y de sus promotores y/o asesores, velar por la información entregada a sus usuarios -Decreto 729 de 1994, artículo 10- por el cual se reglamentaron los artículos 105 y parcialmente el 287 de la Ley 100 de 1993.

Ahora, aunque cada uno de los fondos privados, respectivamente, Protección SA, Colfondos SA y Skandia SA, insistieron en su defensa que a la demandante le brindaron la asesoría requerida suficiente para el caso, y destacaron que conocía ambos regímenes, la Sala no encuentra demostración que rebata la negación

indefinida de la actora de que no la recibió. Observándose que la demandante en su interrogatorio manifestó: *«estando en la oficina pasó una persona pidiendo que nos cambiáramos de afiliación y pues obviamente no hubo ninguna asesoría porque estando en el DAS estábamos muy ocupado y el tiempo que duró fue para suministrarle información personal... que era el mejor régimen dado que el seguro social se acababa y que iban a estar mejor beneficiados»*, que no le explicaron nada del régimen, y menos que hubiera confesado o aceptado que conocía el régimen, por el contrario, solo permitió evidenciar un conocimiento vago o somero, mas no que conociera todas las características de ambos regímenes, las ventajas, desventajas y consecuencias que implicaba su traslado.

Bajo tales premisas, la Sala concluye que se incumplió uno de los presupuestos para la eficacia del acto de traslado de régimen pensional, como es, el deber de información, cuya ausencia, dada su incidencia en el derecho a la pensión de vejez, trae como consecuencia la declaración de ineficacia del traslado, y que las cosas vuelvan al estado anterior en el que se encontraban antes de aquella, como que la demandante nunca se trasladó al RAIS. Razón por la que en este punto se confirmará la decisión de primer grado.

2.5. CONSECUENCIAS DE LA DECLARATORIA DE INEFICACIA DEL TRASLADO.

Bajo esa tesitura, la declaración de ineficacia de traslado implica que las cosas vuelven al mismo estado en que se hallarían de no haber existido el cambio, esto es, se priva de todo efecto práctico al traslado *«bajo la ficción jurídica de que aquella nunca se trasladó al RAIS o, más bien, siempre estuvo afiliada al régimen de prima media con prestación definida»* (CSJ SL1689-2017).

Reflexiona la Corporación que la consecuencia jurídica es que **todos aquellos actos jurídicos que se celebraron con posterioridad a la suscripción de dicha afiliación pierden su fuerza vinculante**; por lo que es legítimo, tal como lo ordenó la *a quo*, que todos los fondos así como la recurrente, Skandia SA, traslade a Colpensiones no solo el saldo de la cuenta de ahorro individual con los rendimientos financieros, sino también, los porcentajes destinados a gastos de administración, primas de seguros previsionales y al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados, **sin que ninguna de las AFP pueda conservar ningún valor descontado de la cotización**, como lo ha determinado la jurisprudencia

uniforme de nuestro órgano de cierre jurisdiccional desde la sentencia con Rad 31989 del 9 de sept/08, M.P. Eduardo López Villegas, reiterada en las SL 4989 y 4964 del 14 de nov/18, radicados 47.125 y 54.814, respectivamente, M.P. Gerardo Botero Zuluaga, SL 1688 del 8 mayo/19, SL 2877 del 29/07/2020, Rad. 78667, M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, SL 3034 Rad. 86961 del 07/07/2021; 3571 Rad. 88476 del 04/08/2021; 3708 Rad 88556 del 18/08/2021; 3709 Rad. 88875 y 3710 Rad. 88550 del 18/08/2021; 3769 Rad, 84296 del 11/08/2021, SL755 Rad 90519, SL756 Rad 90548 del 09/03/2022 y SL1019 Rad 87915 del 16/03/2022, M.P. Luis Benedicto Herrera Díaz; y SL843 Rad 85499 del 16/03/2022 M.P. Gerardo Botero Zuluaga.

En torno a la censura de la apoderada de Skandia relativos a la no devolución de las cuotas de administración, seguros previsionales y los aportes al fondo de garantía de pensión mínima, por cuanto si bien del artículo 20 de la Ley 100 de 1993 se desprende que los mismos están previstos tanto para el RPM como para el RAIS, y en los artículos 60 y 104 de la referida ley se establece su pago a cargo de los afiliados, lo cierto es que ante la declaratoria de la Ineficacia del traslado de régimen pensional, al volver las cosas al estado en el que se encontraban antes de la misma, estos no se pueden generar en favor de la Administradora del Fondo privado de pensiones demandada.

Sumado a ello se conceptúa que hay lugar a la indexación de los gastos de administración, las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y los aportes al fondo de garantía de pensión mínima, para menoscabo del detrimento patrimonial del RPMPD, conforme a los parámetros establecidos por nuestro órgano de cierre, en sentencias SL 359-2021 y especialmente la SL 950 de 2022, así:

... 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 sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones. Criterio que resulta igualmente aplicable respecto del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.

Y corroborado en el auto AL5492 de 2022, el cual expresó lo siguiente:

Ahora bien, en cuanto a las alegaciones planteadas, respecto del equilibrio económico pretendido por las normas de seguridad social, en razón del

sostenimiento financiero, resulta pertinente indicar que la declaratoria de ineficacia del traslado no menoscaba el principio de sostenibilidad financiera del sistema, toda vez que la consecuencia de dicha figura jurídica, radica en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban, es decir, como si el cambio pensional no hubiera ocurrido; por lo tanto, los recursos que deben reintegrar los fondos privados a Colpensiones son utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas (CSJ SL2877-2020 y CSJ SL10222022).

Así, se confirmará la orden a la AFP de devolver a Colpensiones los aportes de la demandante junto con sus rendimientos, así como los gastos de administración, seguro previsional y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, en consonancia con los porcentajes de distribución estipulados en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, como se precisó en reciente jurisprudencia SL2048-2023, siendo estos tres conceptos los únicos sobre los cuales se dispuso la indexación.

Distinción que encuentra su asiento en que, por disposición legal, los aportes pensionales deben generar una rentabilidad mínima, con la cual compensar la pérdida del poder adquisitivo, siendo éste el argumento que sustenta la devolución de las cotizaciones con sus rendimientos causados; a diferencia de lo que ocurre con los restantes conceptos –gastos de administración - sumas destinadas al seguro previsional - montos dirigidos al fondo de garantía de pensión mínima-, que para el momento en que opere su devolución al RPMPD ya han sido afectados por el fenómeno de la depreciación, por ello la necesidad de ordenar su indexación, a fin de traerlos a valor presente.

Sin embargo, conviene aclarar que la actualización de los aportes solo opera si la AFP respectiva no pone a disposición de Colpensiones los conceptos ordenados en el plazo otorgado.

Sobre los reparos de Skandia SA que no hay lugar a la devolución del seguro previsional de invalidez y muerte porque se devolvieron a la aseguradora Mapfre, aun cuando las AFP suscriban un contrato de seguro para amparar los riesgos de invalidez y muerte; éste acto es independiente de la cuenta de ahorro del afiliado quien dicho sea de paso, no tiene la potestad de escoger para su beneficio una u otra aseguradora, sino que de acuerdo con la naturaleza jurídica del aseguramiento en el RAIS se pacta para que en caso de que el capital del afiliado no alcance a financiar el monto de la pensión que se cause por las contingencias de invalidez o muerte, pueda ser cubierto; pero la misma norma indica que los montos que se

acumulen no harán parte del capital para financiar pensiones salvo que así lo disponga el afiliado.

En este caso, la declaratoria de ineficacia es producto del incumplimiento por parte de las AFP de su deber legal de dar al afiliado información clara, oportuna, veraz y eficaz, antes del traslado y/o afiliación; obligación de la administradora de pensiones y no en la aseguradora con quien contrató la protección del seguro previsional de invalidez y sobrevivencia, conforme a la previsión establecida en los artículos 70 y 77 de la Ley 100 de 1993, por lo que las consecuencias de la ineficacia del traslado solo pueden afectar directamente a quien la ocasionó.

De la obligatoriedad del pago del seguro previsional para el financiamiento y monto de la pensión de sobrevivientes y de invalidez tanto en el RAIS como en el RPM, la jurisprudencia ha conceptuado en sentencias como la SL1964 de 2022 lo siguiente:

Estos seguros, de naturaleza especial, se encuentran incluidos dentro del propio concepto de régimen de ahorro individual con solidaridad ya que conforme al artículo 59 de la Ley 100 de 1993 este régimen *«es el conjunto de entidades, normas y procedimientos, mediante los cuales se administran los recursos privados y públicos destinados a pagar las pensiones y prestaciones que deban reconocerse a sus afiliados, de acuerdo con lo previsto en este Título»*. y dentro de las características del artículo 60 literales a) y b) se encuentra que:

ARTICULO 60. Características. El Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad tendrá las siguientes características:

a) Los afiliados al régimen tendrán derecho al reconocimiento y pago de las pensiones de vejez, de invalidez y de sobrevivientes, así como de las indemnizaciones contenidas en este Título, cuya cuantía dependerá de los aportes de los afiliados y empleadores, sus rendimientos financieros, y de los subsidios del Estado, cuando a ellos hubiere lugar.

b) . Una parte de los aportes mencionados en el literal anterior, se capitalizará en la cuenta individual de ahorro pensional de cada afiliado. Otra parte se destinará al pago de primas de seguros para atender las pensiones de invalidez y de sobrevivientes y la asesoría para la contratación de la renta vitalicia, financiar el Fondo de Solidaridad Pensional y cubrir el costo de administración del régimen.

Lo cual se ratifica en los artículos 70 y 76 del estatuto pensional, al contemplar como una de las fuentes financieras para honrar el pago de las pensiones de invalidez y sobrevivientes, la suma adicional necesaria para completar el capital que financie el monto de la pensión, la cual está a cargo del asegurador, cuya contratación es obligación de la administradora pensional y, así lo ha reconocido esta Sala como se evidencia en la sentencia CSJ SL4248-2021, así:

[...] Respecto a los argumentos relacionados con el seguro previsional, baste reiterar lo asentado en providencia CSJ SL778-2021, en cuanto a que por el simple hecho de proferirse condena en contra del fondo privado de pensiones por la prestación de sobrevivientes reclamada, a la entidad aseguradora, por disposición de la misma ley de la seguridad social, se le extienden sus efectos en calidad de garante y, por lo tanto, tendrá la obligación de cubrir la suma adicional necesaria para completar el capital que financie el monto de la mencionada pensión.

Sobre el particular también se pronunció esta Sala en la sentencia CSJ SL, 2 oct. 2007, rad. 30252, reiterada en las decisiones CSJ SL5429-2014, CSJ SL6094-2015, CSJ SL1363-2018, CSJ SL4204-2018 y CSJ SL5603-2019.”

Amén de que ha sido reiterado el precedente que obliga a las AFP a cumplir la orden de devolución de aportes al RPM con cargo a sus propias utilidades o patrimonio, como en la sentencia SL3464 de 2019 donde se conceptuó:

Por esto mismo, la Sala ha adocinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019).

Por consiguiente, se confirmará la devolución de todos los conceptos ordenados en primera instancia.

2.6. PRESCRIPCIÓN

La excepción de prescripción no está llamada a prosperar por cuanto la acción que involucra el tema de traslado de régimen pensional guarda relación inescindible con la causación, requisitos y valor de la pensión, ante ello se debe predicar la imprescriptibilidad de la presente acción, ver al respecto Sentencia SL-1421 de 2019, Radicado No. 56174 de 10 de abril de 2019.

En efecto, de manera reiterada y pacífica, la SCL de la Corte ha defendido la tesis de que las acciones judiciales encaminadas a que se compruebe la manera en que ocurrió un hecho o se reconozca un estado jurídico, son imprescriptibles. Lo anterior, bajo la premisa de que ni los hechos ni los estados jurídicos prescriben, a diferencia de lo que ocurre con los derechos de crédito y obligaciones que de ello surjan.

2.8 COSTAS DEL PROCESO

Con relación al punto de impugnación de **Skandia** SA relativo a la imposición de las costas, las impuestas a su cargo, al respecto el artículo 365 del C.G.P indica que se trata de una condena objetiva que opera por el solo hecho de resultar la parte vencida en el proceso o en el recurso; por lo que al haber prosperado las pretensiones de la demanda, declarándose la ineficacia del traslado de régimen, resultando la demandada Skandia S.A. vencida en el Proceso, sí hay lugar a

imponer tal condena a su cargo, y a favor de la parte activa (Ver al respecto CSJ SCL, Rad 40993 del 22 de enero de 2013, M. P. RIGOBERTO ECHEVERRI BUENO), por lo que se confirmara este punto.

Finalmente, en relación a las costas impuestas a **Colpensiones** debemos tener en cuenta que la condena que se emite en su contra no es por su actuar negligente u omisivo, sino que es la consecuencia de la ineficacia de una afiliación por la desidia que tuvo un tercero con la demandante; así que las condenas que asume hoy esta administradora surgen de la declaratoria de ineficacia, por lo que no hay lugar a condenar a esta codemandada a las costas de primera instancia, y en tal sentido se revocará parcialmente el numeral octavo de la sentencia objeto de alzada

Conforme con las razones fácticas, probatorias y de derecho expuestas en precedencia, la sentencia revisada en apelación y consulta se revocará parcialmente y confirmará.

Costas de segunda instancia a cargo de Skandia SA a favor de la demandante, por haber sido vencida en la alzada. En esta instancia no se impondrán costas a Colpensiones, por haber prosperado parcialmente el recurso. Las agencias en derecho se fijan en \$1.300.000 a cargo de Skandia y en favor de la demandante.

En mérito de lo expuesto, la **SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ DC**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

IV. DECIDE:

PRIMERO: REVOCAR parcialmente el numeral octavo de la sentencia proferida por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá DC, el 9 de marzo de 2023 dentro del proceso promovido por **Arismedy Galvis Mahecha** contra la AFP Protección SA y Colpensiones; para absolver a Colpensiones de la condena en costas impuestas en primera instancia; de conformidad con las razones expuestas en la parte considerativa.

SEGUNDO: Confirmar la sentencia en lo demás.

TERCERO: Costas a cargo de Skandia SA a favor de la demandante, por haber sido vencida en la alzada. En esta instancia no se impondrán costas a Colpensiones, por haber prosperado parcialmente el recurso. Las agencias en derecho se fijan en \$1.300.000 a cargo de Skandia y en favor de la demandante.

Notifíquese lo resuelto por **edicto, publíquese y cúmplase**,

Los magistrados



CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO

Magistrada Ponente



LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ

Magistrada



RAFAEL ALBEIRO CHAVARRO POVEDA

Magistrado



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

DEMANDANTE:	Orlando Ángel Rodríguez Beltrán
DEMANDADA:	Colpensiones, Porvenir SA y Skandia SA
LLAMADA EN GARANTÍA:	Mapfre Colombia Vida Seguros
TIPO DE PROCESO	Ordinario Laboral
TEMA	Ineficacia
DECISIÓN:	Revoca y confirma
RADICADO Y LINK:	11001310503820210016201 11001310503820210016201

En Bogotá DC, a los veintidós (22) días de marzo de dos mil veinticuatro (2024), la **Sala Segunda de Decisión Laboral, conformada por los Magistrados Luz Marina Ibáñez Hernández, Rafael Albeiro Chavarro Poveda, y Claudia Angélica Martínez Castillo**, quien actúa como ponente, se reunió para resolver los recursos de apelación interpuestos por Skandia SA, Porvenir SA y Colpensiones, y el grado jurisdiccional de consulta que se surte en favor de ésta última, frente a la decisión adoptada por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá DC, en el proceso ordinario adelantado por el señor **Orlando Ángel Rodríguez Beltrán** en contra de **Porvenir SA**.

Una vez agotado el procedimiento previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la Sala profiere, por escrito, la siguiente:

SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

I. ANTECEDENTES:

1.1. PRETENSIONES.

Pretende el demandante se declare la ineficacia de su vinculación, afiliación y/o traslado que efectuó el 17 de enero de 2000 al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -en adelante -RAIS- administrado por Porvenir SA; así como el traslado en razón de la migración dentro del mismo régimen que efectuó el 1 de noviembre de 2012 a Skandia SA; que se ordene su traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida -en adelante

RPMPD- hoy administrado por Colpensiones; así como que se ordene el retorno a Colpensiones y su afiliación sin solución de continuidad. En consecuencia, se ordene a Skandia SA devolver a Colpensiones la totalidad de sus aportes en pensión, rendimientos, bonos pensionales, títulos pensionales, comisiones, gastos de administración y demás emolumentos, que se hayan descontado y demás valores existentes en su cuenta de ahorro; y que Colpensiones los reciba los aportes y actualice la historia laboral; costas y agencias en derecho; ultra y extra petita (págs. 2-3, pdf. 1, C01).

1.2. HECHOS

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que nació el 16 de enero de 1956 y a la fecha de interposición de la demanda tenía 62 años; el 24 de julio de 1995 se afilió al ISS hoy Colpensiones; y luego se vinculó al RAIS el 17 de enero de 2000 con la AFP Porvenir SA y luego a Skandia SA. Pero que, ni la decisión inicial del traslado ni la posterior migración dentro del RAIS fue informada, autónoma y consciente, por cuanto en ningún momento ninguna de las AFP le brindó una asesoría completa, integral y veraz donde se le explicaran los beneficios y desventajas del traslado de régimen pensional, ni lo asesoraron respecto de la posibilidad de retorno al RPM; que tanto Porvenir SA como Skandia SA le negaron la solicitud de invalidación del traslado al RPMPD; que agotó la reclamación administrativa ante Colpensiones resuelta de forma negativa (pág. 4-7, idem).

1.3. TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA.

Admitida la subsanación de la demanda e integrada la litis, las demandas se pronunciaron de forma oportuna, así:

Skandia SA aceptó los hechos relacionados con las semanas que tiene cotizadas al 22 de abril de 2021, y la proyección de la mesada pensional del actor, pero precisó que no pueden predicarse diferencias porque no se trata de una situación jurídica consolidada; de los demás hechos dijo no constare o los negó. Se opuso a las pretensiones de la demanda, y formuló las excepciones de fondo que denominó: Skandia no participó ni intervino en el momento de selección de régimen, el demandante se encuentra inhabilitado para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado, ausencia de configuración de causales de nulidad, inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al RAIS, ausencia de falta al deber de asesoría e información, los supuestos facticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias

invocadas por el demandante; prescripción; imposibilidad de reintegrar gastos de administración, buena fe y la genérica (pág. 3-24, pdf. 08, idem).

A su vez, solicitó el llamamiento en garantía a la aseguradora Mapfre Colombia Vida Seguros SA, con ocasión del contrato de seguro previsional que suscribió con esta entidad para cubrir los riesgos de invalidez y muerte de ellos afiliados, con vigencia entre los años 2013 a 2018 (pág. 79-82, idem).

Colpensiones SA, al contestar admitió la fecha de nacimiento y edad del demandante, el agotamiento de la reclamación administrativa respecto de la invalidación o ineficacia del traslado, y la decisión desfavorable que emitieron, así como de la solicitud de proyección y/o simulación pensional; negó el referente a la fecha de afiliación al ISS hoy Colpensiones, y de los demás hechos dijo no constarle. Para derruir las pretensiones formuló las excepciones perentorias que denominó: aplicación del precedente establecido en la sentencia SL373 del 2021, el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe, y la innominada o genérica (pág. 2-23, pdf. 11, idem).

Porvenir SA al contestar admitió los hechos que hacer referencia a la fecha de nacimiento, la negativa a la solicitud de invalidación y/o ineficacia del traslado de régimen pensional, y a la de simulación pensional; negando o señalando que no le constan los demás. Presentó oposición a las pretensiones de la demanda, y formuló como excepciones de fondo de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, y buena fe (pág. 2-34, pdf. 12, idem).

Mediante auto calendarado 18 de febrero de 2021, el juzgado, entre otras disposiciones, admitió el llamamiento en garantía que Skandia SA hizo a Mapfre Colombia Vida Seguros SA (pdf. 13, idem), quien contestó en los siguientes términos:

Mapfre, contestó que no le consta ninguno de los hechos de la demanda, como excepciones propuso las de: el acto jurídico de afiliación al rais, y el de su posterior traslado a otra AFP, fueron debidamente informados y las decisiones tomadas por el demandante se dieron al amparo del principio de “autonomía de la voluntad”, sin estar mediadas y/o determinadas por error o vicio alguno del consentimiento, siendo absolutamente lícitas, válidas y oponibles; inexistencia de motivos que tipifiquen alguna causal de ineficacia material o de invalidación del acto jurídico de afiliación de la demandante a “Skandia administradora de fondos de pensiones y cesantías S.A., prescripción de la acción de nulidad; y solicitó el

reconocimiento oficioso de excepciones. Y se opuso a la pretensión encaminada a obtener el reembolso o el pago de las primas causadas y pagadas durante la vigencia del seguro previsional, porque éste se constituyó solo para amparar la suma adiciona para completar el capital que financie el monto de la pensión de invalidez o sobreviviente (pdf. 15, idem).

1.4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá DC, mediante sentencia del 9 de marzo de 2023, dispuso:

PRIMERA: DECLARAR la ineficacia de la afiliación verificada por ORLANDO ANGEL RODRIGUEZ BELTRAN con destino a la AFP PORVENIR S.A para el 17 DE ENERO DE 2000. Lo anterior específicamente por lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia.

SEGUNDO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y a las AFP PORVENIR S.A y SKANDIA S.A que conjuntamente adelanten las gestiones administrativas y financieras tendientes a retornar al demandante 1 con destino al RPMPD administrado por COLPENSIONES los recursos percibidos por cuenta del demandante en el RAIS, durante el tiempo en que este permaneció vinculado irregularmente a este régimen, debiendo transferirse los respectivos recursos debidamente indexados, tomando para el efecto el IPC, que certifique el DANE de acuerdo con la fórmula:

INDICE FINAL

INDICE INICIAL

x

VALOR HISTORICO

(Valor mensual recibido por el rais)

=

VALOR INDEXADO

Debiéndose tomar como índice inicial, el del mes en que se verificó el pago de los recursos correspondientes y como índice final, el de la fecha en que se efectúe el traslado de los recursos con destino al RPMPD, siendo pertinente señalar que las accionadas contarán con un término de 30 días contados a partir de la ejecutoria de la presente sentencia para finiquitar este procedimiento, resaltando que el reembolso correspondiente se podrá hacer tomando para el efecto el importe de las sumas que obren en la cuenta de ahorro individual del demandante y en caso de ser insuficientes, se pagarán con cargo a recursos propios de cada una de las AFP PORVENIR S.A y SKANDIA S.A en proporción al tiempo en que la accionante estuvo afiliada a estas administradoras. Lo anterior, por lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia. Cabe anotar que, de subsistir saldos luego de estas operaciones en la cuenta de ahorro individual del demandante, los mismos deberán ser girados al Fondo de Solidaridad Pensional, al hacer parte estos recursos al Sistema General de Pensiones.

Aportes voluntarios deben ser puestos a disposición del empleador, con rendimientos y autorizándose descuentos por cuotas de administración y sin beneficios tributarios para el demandante.

TERCERO: ABSOLVER a la llamada en garantía MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A, conforme la parte motiva del presente fallo.

CUARTO: EXCEPCIONES Dadas las resultas del juicio, el Despacho declara no probadas las propuestas respecto de las determinaciones adoptadas

QUINTO: COSTAS. Lo serán a cargo de la demandada AFP PORVENIR S.A. En firme la presente providencia, por Secretaría practíquese la liquidación de costas, incluyendo en ella como agencias en derecho la suma de \$1'000.000 en favor del demandante. Dadas las resultas del llamamiento en garantía, costas a cargo de SKANDIA S.A. En firme la presente providencia, por Secretaría practíquese la liquidación de costas, incluyendo en ella como agencias en derecho la suma de \$1'000.000 en favor de MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A

SEXTO: Si no fuere apelada oportunamente la presente sentencia, CONSÚLTESE con el SUPERIOR.

Conforme a la línea jurisprudencial trazada por la Corte Constitucional y la Sala de Casación Laboral de la CSJ, consideró en primera media que no había vicio en el consentimiento, porque en el interrogatorio del demandante, éste manifestó que tenía conocimiento o entendía que se estaba cambiando de régimen, pero que lo procedente era declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional surtido por el demandante, en la medida en que ninguna de Porvenir, como la AFP que efectuó el traslado que trajo consigo el cambio de régimen pensional, no probó haberle suministrado información relevante, veraz y completa, al momento de su afiliación al RAIS, en razón de que los formularios de afiliación por sí solos no constituyen prueba suficiente para tener por demostrado que la información fue veraz, completa objetiva y comparada, ni ninguna otra prueba documental que acredite la debida información; ni de sus dichos se pueda deducir que recibió una información con la calidad que exige el precedente de la SCL.

Se abstuvo a ordenar la devolución de las cuotas de administración, seguros previsionales o de cualquier otra índole, porque como lo tiene sentado la jurisprudencia en materia de ineficacias, acarrea retornar las cosas a su estado primigenio, es decir que, nunca medió esa afiliación; y que señaló como ajenos a la declaratoria de ineficacia. -

Desestimó el llamamiento en garantía que hizo Skandia SA a la aseguradora Mapfre Colombia Vida Seguros SA, a pesar de que se acredite que Mapfre efectuó pagos con destino a primas de seguros previsionales, en el caso concreto no se acreditó que Skandia tenga derecho a exigir de ésta una indemnización por perjuicios o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacerle al demandante, pues el giro de recursos se hace es a la codemandada Colpensiones, en armonía con la normatividad consagrada en el artículo 64 del CGP, amén de que son las AFP quienes deben asumir las consecuencias de la ineficacia, pero no contempla la posibilidad alternativa del reclamo de las aseguradoras de riesgos previsionales.

1.5. RECURSO DE APELACIÓN

Colpensiones manifestó que el demandante se encuentra válidamente afiliado al RAIS; y cae en la prohibición legal para trasladarse de régimen, y no puede alegar su propia culpa para beneficiarse para declarar ineficaz el acto de traslado; que la permanencia en el RAIS evidencia que el actor aceptó y se acogió a las normas, reglas y procedimientos de ese régimen; por lo que solicitó la revocatoria del fallo y se absuelva de las condenas impuestas.

Porvenir, señaló que el traslado de régimen pensional se realizó de manera libre y voluntaria como consta en el formulario de afiliación, para esa data, la sola ilustración verbal perfeccionaba el traslado de régimen y para esa fecha no había otra exigencia para cumplir con el deber de información; que si no hay lugar a ordenar la devolución íntegramente de todos los aportes como rendimientos financieros, y las sumas destinadas con el objeto de amparar la prestación pensional del aquí demandante, como lo es seguros previsionales, gastos de administración, entre otras; esos descuentos estaban ordenados en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993; y hoy no se encuentran en poder del fondo; que tampoco procede la indexación de esos valores.

Skandia, expresó su inconformidad de manera parcial con la decisión, que al declararse la ineficacia debe regularse desde los efectos de orden legal y se debe recurrir a las normas que regula el traslado de recursos en el sistema general de pensiones, como lo constituye el Decreto 3995 de 2008, artículo 7 que señala de manera taxativa, cuáles son aquéllos emolumentos conceptos o recursos que deben trasladarse cuando opera un traslado del RAIS al RPMPD, como los aportes de la cuenta individual del afiliado y al fondo de garantía de pensión mínima; y absolver de la condena de indexación sobre los rubros que debe trasladar porque no fue una pretensión de la demanda; que si hay lugar a condenar a la aseguradora Mapfre en virtud del derecho contractual y legal que existe con el fondo por el contrato de seguro, para que opere el reembolso de lo que se materializó en las condenas de la sentencia; sumado a que las primas fueron pagadas a la aseguradora Mapfre para cubrir las contingencias de invalidez y muerte.

1.6. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

El apoderado de **Porvenir SA** insistió en los argumentos que sustentó en primera instancia, solicitando la revocatoria del fallo de primera instancia para que se le absuelva de todas las pretensiones y condenas impuestas en su contra (pdf 006, C002).

El apoderado de **Colpensiones** reiteró los argumentos expuestos en la sustentación del recurso en la primera instancia para que se revoque la sentencia (pdf. 009, idem).

El apoderado del demandante solicitó la confirmación de la sentencia en torno a la declaratoria de ineficacia y las consecuencias de esta, en aplicación del precedente jurisprudencial; reiterando los fundamentos de la demanda (pdf. 011, idem).

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

2.1. PRESUPUESTOS PROCESALES Y ALCANCE DEL RECURSO.

Conoce la Sala de los recursos de apelación y de la consulta de la sentencia a favor de Colpensiones de conformidad con lo señalado en los artículos 66A y 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

2.2. PROBLEMA JURÍDICO

Esta Sala analizará, si acertó el juez al declarar la ineficacia del traslado del demandante Orlando Ángel Rodríguez Beltrán al RAIS, con el consecuente regreso al RPM administrado por Colpensiones, y establecer las consecuencias derivadas de ello.

2.3. HECHOS RELEVANTES PROBADOS

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: i) el demandante nació el 16 de enero de 1959 (pág. 31, pdf. 01, C001); ii) cotizó al RPM a través del ISS hoy Colpensiones desde el 18 de noviembre de 1977, hasta el 31 de mayo de 1998 como lo acredita el reporte de semanas cotizadas allegado por Colpensiones (pág. 234, pdf. 11, idem); iii) se trasladó al RAIS administrado por Porvenir SA mediante la suscripción del formulario de afiliación de la fecha 17 de enero de 2000 (pág. 45, pdf. 12, idem), con afiliación activa desde el 01 de marzo de 2000 (pág. 57, ídem), iv) que posteriormente diligenció formulación de afiliación a Skandia SA el 1 de noviembre de 2012, (pág. 39, pdf. 08 idem), con fecha de efectividad el enero de 2013, como se vislumbra en la historia laboral consolidada que allegó dicho fondo donde registra cotizaciones hasta el mes de febrero de 2021 (pág. 40-48, pdf. 08, idem); vi) agotamiento de la reclamación administrativa ante Colpensiones solicitando la declaratoria de ineficacia de su afiliación (pág. 57, pdf. 01, idem).

2.4. INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL.

El primer aspecto es recordar que, según el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, la selección de cualquiera de los regímenes previstos en el literal a) de esa disposición es libre y voluntaria, de manera que, cuando cualquier persona natural o jurídica, desconozca ese derecho, se hará acreedor a las sanciones del inciso 1º del artículo 271 de la misma

ley, de acuerdo con la cual, cualquier persona que atente contra el derecho del trabajador a su afiliación, traerá como consecuencia que la afiliación quede sin efecto.

Aunque la afiliación es libre y voluntaria, las administradoras de pensiones están compelidas a cumplir con el deber de información, por lo que la decisión de traslado debe estar precedida del cumplimiento de ese mandato, tal como lo dispone el artículo 97, numeral 1° del Decreto 663 de 1993, que la misma debe ser transparente a los afiliados, *«de suerte que les permita, mediante elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado y tomar decisiones informadas»*.

Por información necesaria, la Sala de Casación Laboral ha afirmado que comprende:

la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones», y respecto a la transparencia, ha explicado que implica la obligación de dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, «los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios» (CSJ SL1452-2019, reiterada en SL1688-2019 y SL1689-2019)".

Así, el fondo de pensiones es responsable de proporcionar e indicar al usuario que pretende trasladarse de régimen, los elementos determinantes para tomar una decisión informada. En ese orden, el traslado no surte efectos cuando se le oculta información o no se le brinda en forma completa, porque en ese caso no existe una decisión verdaderamente libre y voluntaria, ya que la determinación de trasladarse de régimen pensional puede variar según la información que se brinde (sentencias CSJ SL373-2021 MP Clara Cecilia Dueñas Quevedo; CSJ SL12136-2014 MP Elsy del Pilar Cuello Calderón y CSJ SL17595-2017 sentencia de instancia).

Por lo tanto, no es posible evidenciar un verdadero consentimiento informado en quien carece de los elementos suficientes para adoptar una decisión adecuada a sus circunstancias particulares, de manera que es insuficiente afirmar que el afiliado expresó su voluntad al permanecer en el RAIS y que su vinculación conserva validez, cuando ambas administradoras incumplieron la obligación de brindarle la información necesaria, en obediencia a lo establecido en los artículos 2 y 12 del Decreto 663 de 1993, vigentes a la fecha del traslado y de la migración entre el RAIS.

De este modo, como el afiliado adujo la falta de información o la mala entrega de esta por parte de las AFP a la que estuvo afiliada y a la que se encontraba vinculada a la fecha de la demanda, éstas tienen sobre sí la carga de demostrar el cumplimiento de esa obligación,

por cuanto: «*la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo*» (artículo 1604 CC), en ese orden, le correspondía a Porvenir SA y Skandia SA, probar en contrario, que sí proporcionaron la información completa y suficiente, en las etapas preparatorias y previas al traslado, porque cuentan con los medios técnicos y los conocimientos respecto a los servicios que ofrecen, es decir, debían arrojar elementos de convicción al interior del proceso que, se brindó una asesoría personalizada y completa a el demandante al momento de su traslado, y/o migración en el mismo, analizando las circunstancias particulares de su caso.

Se reitera que la carga de la prueba, sin importar la circunstancia particular del afiliado, está a cargo de las AFP, toda vez que: (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuar 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, en razón de que es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento, y (iii) no es razonable invertir la carga de la prueba en contra de la otra parte de la relación contractual, por cuanto las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia respecto al afiliado lego (CSJ SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689-2019 y SL4426-2019).

En ese orden, la constatación de que se cumplió con el deber de información es ineludible, por lo que la simple firma del formulario de afiliación es insuficiente para acreditar el consentimiento informado del afiliado. Este es el criterio postulado por la CSJ en su Sala Laboral, en la sentencia SL19447-2017:

el acto de afiliación o traslado de régimen pensional debe estar acompañado de la decisión libre y voluntaria del afiliado, la cual no se limita a la simple manifestación de quien decide trasladarse, sino que debe ajustarse a los parámetros de libertad informada, es decir, la solicitud y trámite de traslado de régimen pensional, debe estar precedida de una información clara, comprensible y suficiente, sobre las consecuencias favorables y desfavorables que su decisión acarrea» (CSJ SL7561-2021, CSJ SL5595-2021, CSJ3719-2021),

Ahora, el hecho de que el afiliado hubiese suscrito el formulario de vinculación de cada AFP o que en el mismo se empleen leyendas o afirmaciones tales como que «*la afiliación se hace libre y voluntaria*», «*se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones*» u otras similares que suelen consignarse en los formatos preimpresos, no las libera de su obligación de cumplir de manera rigurosa y de buena fe su deber de información. A lo sumo, estas expresiones sirven para acreditar un consentimiento sin vicios, pero no uno debidamente

informado (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31314, SL, 22 nov. 2011, rad. 33083, SL4964-2018, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018, SL1421-2019 y SL2877-2020).

En cuanto los ataques de **Colpensiones** referente a que se impone una obligación inexistente al momento de la vinculación no es acertado por cuanto desde la creación de las AFP, estaban compelidas a suministrar información objetiva, comparada y transparente sobre las características, **ventajas y desventajas** de cada uno de los regímenes pensionales, así como de las **consecuencias jurídicas del traslado**, como lo preceptúa el artículo 97, numeral 1º del Decreto 663 de 1993, en armonía con el artículo 13, literal b) de la Ley 100 de 1993 (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689-2019, SL3464-2019, SL4360-2019, SL2611-2020, SL4806-2020 y SL373-2021).

Entre los deberes de las AFP estaba informar, por ejemplo, de las diferentes modalidades pensionales, que el valor de la pensión de vejez en el RAIS depende del capital consignado en la cuenta de ahorro individual; que si no completa el capital suficiente para obtener por lo menos una pensión mínima -equivalente al 110% del SMLMV a la fecha de expedición de la Ley 100 de 93, actualizado con el IPC (Índice de Precios al Consumidor), debe seguir cotizando, si es o no beneficiario del régimen de transición pensional y, las ventajas que se derivan del mismo, así como efectuarle las proyecciones aritméticas y los comparativos necesarios hacia el futuro de ambas opciones, con el cálculo aproximado del monto pensional que le correspondería, y en fin, mostrarle al afiliado **con detalle**, las ventajas y desventajas de tomar la decisión de traslado de régimen pensional, para que la misma sea realmente libre y voluntaria. Labor que debe trascender al «*deber del buen consejo*», como lo ha señalado la jurisprudencia laboral, en la medida que es responsabilidad de dichas administradoras y de sus promotores y/o asesores, velar por la información entregada a sus usuarios -Decreto 729 de 1994, artículo 10- por el cual se reglamentaron los artículos 105 y parcialmente el 287 de la Ley 100 de 1993.

Ahora, aunque cada uno de los fondos privados, respectivamente, Porvenir SA y Skandia SA, insistieron en su defensa que al demandante le brindaron la asesoría requerida suficiente para el caso, y destacaron que conocía ambos regímenes, derrotero que también fue sustentado por Colpensiones, la Sala no encuentra demostración que rebata la negación indefinida de la actora de que no la recibió. Observándose que el demandante en su interrogatorio manifestó: *«los citaron para una reunión que fue colectiva grupal... y allí la promotora de porvenir nos habló sobre sus beneficios y los argumentos básicamente se centraron que el seguro social en esa época se iba a acabar y la mejor opción era trasladarse a un fondo privado, los beneficios que eran de mejor atención y de mejor opción*

para mi y por esa razón acepté» , que no le explicaron las características del régimen, y menos que hubiera confesado o aceptado que sí tenía conocimiento del mismo, por el contrario, solo permitió evidenciar un conocimiento vago o somero, mas no que conociera todas las características de ambos regímenes, las ventajas, desventajas y consecuencias que implicaba su traslado.

Bajo tales premisas, la Sala concluye que se incumplió uno de los presupuestos para la eficacia del acto de traslado de régimen pensional, como es, el deber de información, cuya ausencia, dada su incidencia en el derecho a la pensión de vejez, trae como consecuencia la declaración de ineficacia del traslado, y que las cosas vuelvan al estado anterior en el que se encontraban antes de aquella, como que el demandante nunca se trasladó al RAIS. Razón por la que en este punto se confirmará la decisión de primer grado.

2.5. CONSECUENCIAS DE LA DECLARATORIA DE INEFICACIA DEL TRASLADO.

Bajo esa tesitura, la declaración de ineficacia de traslado implica que las cosas vuelven al mismo estado en que se hallarían de no haber existido el cambio, esto es, se priva de todo efecto práctico al traslado *«bajo la ficción jurídica de que aquella nunca se trasladó al RAIS o, más bien, siempre estuvo afiliada al régimen de prima media con prestación definida»* (CSJ SL1689-2017).

En consulta y con respecto a las consecuencias de la ineficacia de traslado, ha sido la línea jurisprudencial trazada, reiterada y ampliada por nuestro máximo órgano de cierre, y así lo ha reflexionado esta Sala, que **todos aquellos actos jurídicos que se celebraron con posterioridad a la suscripción de dicha afiliación pierden su fuerza vinculante**; por lo que es legítimo, que todos los fondos trasladen a Colpensiones no solo el saldo de la cuenta de ahorro individual con los rendimientos financieros, sino también, los porcentajes destinados a gastos de administración, primas de seguros previsionales y al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados, **sin que ninguna de las AFP pueda conservar ningún valor descontado de la cotización**, como se ha determinado la jurisprudencia uniforme de nuestro órgano de cierre jurisdiccional desde la sentencia con Rad 31989 del 9 de sept/08, M.P. Eduardo López Villegas, reiterada en las SL 4989 y 4964 del 14 de nov/18, radicados 47.125 y 54.814, respectivamente, M.P. Gerardo Botero Zuluaga, SL 1688 del 8 mayo/19, SL 2877 del 29/07/2020, Rad. 78667, M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, SL 3034 Rad. 86961 del 07/07/2021; 3571 Rad. 88476 del 04/08/2021; 3708 Rad 88556 del 18/08/2021; 3709 Rad. 88875 y 3710 Rad. 88550 del 18/08/2021; 3769 Rad, 84296 del 11/08/2021, SL755 Rad 90519, SL756 Rad 90548 del 09/03/2022 y SL1019

Rad 87915 del 16/03/2022, M.P Luis Benedicto Herrera Díaz; y SL843 Rad 85499 del 16/03/2022 M.P Gerardo Botero Zuluaga.

No son de recibo los argumentos del *a quo* para ordenar únicamente la devolución de los aportes con sus rendimientos indexados, por cuanto el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 se desprende que los mismos están previstos tanto para el RPM como para el RAIS, y en los artículos 60 y 104 de la referida ley se establece su pago a cargo de los afiliados, por ende, ante la declaratoria de la Ineficacia del traslado de régimen pensional, al volver las cosas al estado en el que se encontraban antes de la misma, estos no se pueden generar en favor de las Administradoras del Fondo privado de pensiones demandadas, y menos devolverse al empleador cuando estos conceptos son los que permitirán financiar y no menoscabar el principio de sostenibilidad financiera que cubre a Colpensiones por ser un tercero de buena fe, en consecuencia es a este fondo a quien debe trasladarse todos los aportes.

Por consiguiente, se revocará parcialmente el numeral segundo de la sentencia objeto de alzada, para ordenar a las la AFP Porvenir SA y Skandia SA, devolver a Colpensiones los aportes del demandante junto con sus rendimientos, así como los gastos de administración, seguro previsional y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, en consonancia con los porcentajes de distribución estipulados en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, como se precisó en reciente jurisprudencia SL2048-2023, en virtud de los efectos *ex tunc* de esta sentencia, y así se adoctrinó:

las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que aparea que la entidad privada deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros, los gastos de administración, los valores utilizados en seguros previsionales y la garantía de pensión mínima a Colpensiones, tal como se dejó sentado en sentencia CSJ SL2952-2021, en la que se expresó:

Como la declaratoria de ineficacia tiene efectos *ex tunc* (desde siempre), la situación se retrotrae al estado en que se hallaría si el acto no hubiera existido jamás. En esa medida, esta declaración obliga a los Fondos privados de pensiones a trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, las comisiones, los gastos de administración y los valores utilizados en seguros previsionales y garantía de pensión mínima debidamente indexados, con cargo a sus propias utilidades, pues estos recursos debieron ingresar al régimen de prima media con prestación definida (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJ SL3464-2019, CSJ SL4360-2019 y CSJ SL2877-2020).

En ese orden de ideas, no le asiste razón a la sociedad apelante al solicitar que no se ordenara la devolución de los gastos de administración.

Por otra parte, teniendo en cuenta los efectos de la ineficacia, y en virtud del grado jurisdiccional de consulta, se modificará la decisión de primer grado en el sentido de condenar a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. y a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones las comisiones que fueron cobradas a la demandante, así como los valores utilizados en seguros previsionales y garantía de pensión mínima, los cuales deberán cancelar en forma debidamente indexada y asumir con cargo a sus propios recursos, en tanto, la ineficacia aparea que el acto de traslado no produjo algún tipo de efecto (CSJ SL2952-2021)".

Los únicos conceptos a indexar son los gastos de administración, seguro previsional y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, que encuentra su asiento en que, por disposición legal, los aportes pensionales deben generar una rentabilidad mínima, con la cual compensar la pérdida del poder adquisitivo, siendo éste el argumento que sustenta la devolución de las cotizaciones con sus rendimientos causados; a diferencia de lo que ocurre con los restantes conceptos –gastos de administración - sumas destinadas al seguro previsional - montos dirigidos al fondo de garantía de pensión mínima-, que para el momento en que opere su devolución al RPMPD ya han sido afectados por el fenómeno de la depreciación, por ello la necesidad de ordenar su indexación, a fin de traerlos a valor presente.

Sin embargo, conviene aclarar que la actualización de los aportes solo opera si la AFP respectiva no pone a disposición de Colpensiones los conceptos ordenados en el plazo otorgado.

Sumado a ello, se insiste y advierte el recurrente Porvenir SA, que hay lugar a la indexación de los gastos de administración, las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y los aportes al fondo de garantía de pensión mínima, para menoscabo del detrimento patrimonial del RPMPD, conforme a los parámetros establecidos por nuestro órgano de cierre, en sentencias SL 359-2021 y especialmente la SL 950 de 2022, así:

... 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 sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones. Criterio que resulta igualmente aplicable respecto del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.

Y corroborado en el auto AL5492 de 2022, el cual expresó lo siguiente:

Ahora bien, en cuanto a las alegaciones planteadas, respecto del equilibrio económico pretendido por las normas de seguridad social, en razón del sostenimiento financiero, resulta pertinente indicar que la declaratoria de ineficacia del traslado no menoscaba el principio de sostenibilidad financiera del sistema, toda vez que la consecuencia de dicha figura jurídica, radica en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban, es decir, como si el cambio pensional no hubiera ocurrido; por lo tanto, los recursos que deben reintegrar los fondos privados a Colpensiones son utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas (CSJ SL2877-2020 y CSJ SL10222022).

Sobre los reparos de **Skandia** SA que no hay lugar a la devolución del seguro previsional de invalidez y muerte porque se devolvieron a la aseguradora Mapfre, aun cuando las AFP

suscriban un contrato de seguro para amparar los riesgos de invalidez y muerte; éste acto es independiente de la cuenta de ahorro del afiliado quien dicho sea de paso, no tiene la potestad de escoger para su beneficio una u otra aseguradora, sino que de acuerdo con la naturaleza jurídica del aseguramiento en el RAIS se pacta para que en caso de que el capital del afiliado no alcance a financiar el monto de la pensión que se cause por las contingencias de invalidez o muerte, pueda ser cubierto; pero la misma norma indica que los montos que se acumulen no harán parte del capital para financiar pensiones salvo que así lo disponga el afiliado.

En este caso, la declaratoria de ineficacia es producto del incumplimiento por parte de las AFP de su deber legal de dar al afiliado información clara, oportuna, veraz y eficaz, antes del traslado y/o afiliación; obligación de la administradora de pensiones y no en la aseguradora con quien contrató la Porvenir SA del seguro previsional de invalidez y sobrevivencia, conforme a la previsión establecida en los artículos 70 y 77 de la Ley 100 de 1993, por lo que las consecuencias de la ineficacia del traslado solo pueden afectar directamente a quien la ocasionó.

De la obligatoriedad del pago del seguro previsional para el financiamiento y monto de la pensión de sobrevivientes y de invalidez tanto en el RAIS como en el RPM, la jurisprudencia ha conceptualizado en sentencias como la SL1964 de 2022 lo siguiente:

Estos seguros, de naturaleza especial, se encuentran incluidos dentro del propio concepto de régimen de ahorro individual con solidaridad ya que conforme al artículo 59 de la Ley 100 de 1993 este régimen «es el conjunto de entidades, normas y procedimientos, mediante los cuales se administran los recursos privados y públicos destinados a pagar las pensiones y prestaciones que deban reconocerse a sus afiliados, de acuerdo con lo previsto en este Título». y dentro de las características del artículo 60 literales a) y b) se encuentra que:

ARTICULO 60. Características. El Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad tendrá las siguientes características:

a) Los afiliados al régimen tendrán derecho al reconocimiento y pago de las pensiones de vejez, de invalidez y de sobrevivientes, así como de las indemnizaciones contenidas en este Título, cuya cuantía dependerá de los aportes de los afiliados y empleadores, sus rendimientos financieros, y de los subsidios del Estado, cuando a ellos hubiere lugar.

b) . Una parte de los aportes mencionados en el literal anterior, se capitalizará en la cuenta individual de ahorro pensional de cada afiliado. Otra parte se destinará al pago de primas de seguros para atender las pensiones de invalidez y de sobrevivientes y la asesoría para la contratación de la renta vitalicia, financiar el Fondo de Solidaridad Pensional y cubrir el costo de administración del régimen.

Lo cual se ratifica en los artículos 70 y 76 del estatuto pensional, al contemplar como una de las fuentes financieras para honrar el pago de las pensiones de invalidez y sobrevivientes, la suma adicional necesaria para completar el capital que financie el monto de la pensión, la cual está a cargo del asegurador, cuya contratación es obligación de la administradora pensional y, así lo ha reconocido esta Sala como se evidencia en la sentencia CSJ SL4248-2021, así:

[...] Respecto a los argumentos relacionados con el seguro previsional, baste reiterar lo asentado en providencia CSJ SL778-2021, en cuanto a que por el simple hecho de proferirse condena en contra del fondo privado de pensiones por la prestación de sobrevivientes reclamada, a la entidad aseguradora, por disposición de la misma ley de la seguridad social,

se le extienden sus efectos en calidad de garante y, por lo tanto, tendrá la obligación de cubrir la suma adicional necesaria para completar el capital que financie el monto de la mencionada pensión.

Sobre el particular también se pronunció esta Sala en la sentencia CSJ SL, 2 oct. 2007, rad. 30252, reiterada en las decisiones CSJ SL5429-2014, CSJ SL6094-2015, CSJ SL1363-2018, CSJ SL4204-2018 y CSJ SL5603-2019.”

Amén de que ha sido reiterado el precedente que obliga a las AFP a cumplir la orden de devolución de aportes al RPM con cargo a sus propias utilidades o patrimonio, como en la sentencia SL3464 de 2019 donde se conceptuó:

Por esto mismo, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019).

Así mismo, se adicionar precisa que todas las obligaciones de traslado impuestas a Porvenir SA y Skandia SA, deberán hacerse con el suministro de la historia laboral del afiliado con la información discriminada y detallada por cada período cotizado, especificando cada valor, *“...junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen ...”*.

2.6. PRESCRIPCIÓN

La excepción de prescripción no está llamada a prosperar por cuanto la acción que involucra el tema de traslado de régimen pensional guarda relación inescindible con la causación, requisitos y valor de la pensión, ante ello se debe predicar la imprescriptibilidad de la presente acción, ver al respecto Sentencia SL-1421 de 2019, Radicado No. 56174 de 10 de abril de 2019.

En efecto, de manera reiterada y pacífica, la SCL de la Corte ha defendido la tesis de que las acciones judiciales encaminadas a que se compruebe la manera en que ocurrió un hecho o se reconozca un estado jurídico, son imprescriptibles. Lo anterior, bajo la premisa de que ni los hechos ni los estados jurídicos prescriben, a diferencia de lo que ocurre con los derechos de crédito y obligaciones que de ello surjan.

Conforme con las razones fácticas, probatorias y de derecho expuestas en precedencia, la sentencia revisada en apelación y consulta se revocará parcialmente y confirmará.

Costas de segunda instancia a cargo de Skandia SA a favor del demandante, por haber sido vencida en la alzada. En esta instancia no se impondrán costas a Colpensiones, por haber prosperado parcialmente el recurso. Las agencias en derecho se fijan en \$1.300.000 a cargo de Skandia y en favor del demandante.

En mérito de lo expuesto, la **SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ DC**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

IV. DECIDE:

PRIMERO: REVOCAR parcialmente el numeral segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá DC, el 22 de marzo de 2023 dentro del proceso promovido por **Orlando Ángel Rodríguez Beltrán** contra las AFP Porvenir SA, Skandia SA y Colpensiones; para ordenar:

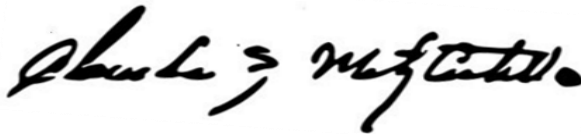
SEGUNDO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y a las AFP PORVENIR S.A y SKANDIA S.A que conjuntamente adelanten las gestiones administrativas y financieras tendientes a retornar al demandante con destino al RPMPD administrado por COLPENSIONES los recursos percibidos por cuenta del demandante en el RAIS, durante el tiempo en que este permaneció vinculado irregularmente a este régimen, debiendo transferirse los aportes junto con sus rendimientos, gastos de administración, seguros previsionales, y fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados; y cumplir la orden de traslado en los 30 días siguientes a la sentencia, acompañado de la historia laboral del afiliado con la información discriminada y detallada por cada período cotizado, del valor, los ciclos, IBC, aportes y demás datos relevantes, según las consideraciones de esta sentencia, en proporción al tiempo que estuvo afiliado el demandante a cada fondo. Cabe anotar que, de subsistir saldos tras estas operaciones en la cuenta de ahorro individual del demandante, se girarán al Fondo de Solidaridad Pensional, al hacer parte de estos recursos al Sistema General de Pensiones.

SEGUNDO: Confirmar la sentencia en lo demás.

TERCERO: Costas a cargo de Skandia SA, Porvenir SA y Colpensiones a favor del demandante, por haber sido vencidos en la alzada. Las agencias en derecho se fijan en \$1.300.000 a cargo de cada una de las recurrentes Skandia SA, Porvenir SA y Colpensiones, y en favor del demandante.

Notifíquese lo resuelto por **edicto, publíquese y cúmplase,**

Los magistrados,



CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO
Magistrada Ponente



LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ
Magistrada



RAFAEL ALBEIRO CHAVARRO POVEDA
Magistrado



DEMANDANTE:	Blanca Janeth Sanabria Mora
DEMANDADA:	Colpensiones, Colpensiones SA y Porvenir SA
TIPO DE PROCESO	Ordinario Laboral
TEMA	Ineficacia
DECISIÓN:	Modifica y confirma.
RADICADO Y LINK:	11001310500520190004801 11001310500520190004801

Bogotá DC, veintidós (22) días de marzo de dos mil veinticuatro (2024)

AUTO

Conforme con lo dispuesto en el inciso cuarto del artículo 76 del Código General del Proceso, se acepta la renuncia del poder presentada por el abogado Miguel Ángel Ramírez Gaitán, como apoderado de Colpensiones, obrante los archivos 005 y 006 C002.

En la fecha la **Sala Segunda de Decisión Laboral, conformada por los Magistrados Luz Marina Ibáñez Hernández, Rafael Albeiro Chavarro Poveda, y Claudia Angélica Martínez Castillo**, quien actúa como ponente, se reunió para resolver el recurso de apelación interpuesto por Colpensiones, y el grado jurisdiccional de consulta que se surte en favor de ésta, frente a la decisión adoptada por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá DC, en el proceso ordinario adelantado por la señora **Blanca Janeth Sanabria Mora** en contra de **Porvenir SA, Colfondos SA y Colpensiones**.

Una vez agotado el procedimiento previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la Sala profiere, por escrito, la siguiente:

SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

I. ANTECEDENTES:

1.1. PRETENSIONES.

Pretende la demandante se declare la nulidad de su traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida -en adelante RPMPD- administrado por el ISS hoy Colpensiones, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -en adelante -RAIS- administrado por Porvenir SA; así como que se ordene el retorno a Colpensiones y su afiliación sin solución de continuidad. En consecuencia, se ordene a Porvenir SA trasladar a Colpensiones la totalidad de los aportes junto con sus rendimientos, y a Colpensiones a recibir los aportes. (págs. 5-6, pdf. 01, C01).

1.2. HECHOS

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que nació el 16 de noviembre de 1962, estuvo afiliada al Instituto de Seguros Sociales hoy Colpensiones desde el 14 de enero de 1993; el 26 de noviembre de 2001 se trasladó a Colfondos SA, y posteriormente a Porvenir SA. Pero que, ni la decisión inicial del traslado ni la migración dentro del mismo régimen fue informada, autónoma y consciente, por cuanto en ningún momento ninguna de las AFP le brindó una asesoría completa, integral y veraz donde se le explicaran los beneficios y desventajas del traslado de régimen pensional, así como tampoco le informaron de las ventajas y desventajas que traería consigo el traslado ni la diferencia que podría repercutir en el monto de su mesada pensional. Aseveró que Porvenir le negó la nulidad de su afiliación; así como que agotó la reclamación administrativa ante Colpensiones, también despachada de manera insatisfactoria.

1.3. TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA.

Admitida la demanda e integrada la litis, las demandas se pronunciaron de forma oportuna, así:

Colpensiones, se manifestó no constarle ninguno de los hechos de la demanda. Propuso las excepciones de fondo que señaló validez de la afiliación al régimen de ahorro individual, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, buena fe, inexistencia de intereses moratorios e indexación, compensación y a innominada o genérica (pág. 6-15, pdf. 08 *idem*).

Porvenir SA, presentó oposición a las pretensiones de la demanda; de los hechos dijo no constarle unos y negó otros. Formuló como excepciones de mérito las de prescripción de: prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y la genérica (pág. 1-28, pdf. 16, ídem).

Por auto calendado 12 de enero de 2020, el juzgado admitió la reforma de la demanda para tener como extremo pasivo a la AFP Colfondos SA (pdf. 18, ídem).

Colfondos SA, admitió únicamente el hecho que habla de la edad de la demandante; los demás los negó o dijo no constarle por tratarse de terceros ajenos a esa AFP. Se opuso a las pretensiones de la demanda y como excepciones de fondo formuló las que denominó: inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos SA, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago (pág. 1-17, pdf. 19, ídem).

1.4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá DC, mediante sentencia del 21 de octubre de 2022, dispuso:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de traslado de régimen pensional de prima media al de ahorro individual, realizado por la señora BLANCA JANETH SANABRIA MORA a través de COLFONDOS SA.

SEGUNDO: ORDENAR a PORVENIR S.A., que traslade a COLPENSIONES el valor las cotizaciones efectuadas junto con los rendimientos, frutos e intereses y a COLPENSIONES a recibir los aportes de la demandante procediendo a actualizar su historia laboral.

TERCERO: COSTAS a cargo de COLFONDOS S.A., y PORVENIR S.A., inclúyase como agencias en derecho la suma de cuatro (4) S.M.M.V. A cargo de cada una de estas.

CUARTO: En caso que este fallo no fuere apelado, consúltese a favor de COLPENSIONES.

De conformidad con la línea jurisprudencial trazada por la Corte Constitucional y la Sala de Casación Laboral de la CSJ, concluyó que era procedente declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional surtido por la demandante, en la medida en que la AFP demandada no probó haberle suministrado información relevante, veraz y completa, al momento de su afiliación o en su traslado de AFP, que el

formulario de vinculación por sí solo no constituye prueba suficiente para dar por establecido que la información fue veraz, y que advirtió que en el caso de la demandante, tenía ciertas inconsistencias; sin que hubiera tampoco confesión alguna de la demandante.

1.5. RECURSO DE APELACIÓN

Colpensiones manifestó en la sustentación del recurso, que no tuvo ninguna incidencia en el traslado de régimen, que la actora no se trasladó en la oportunidad legal y lo pretende hacer ahora para obtener una mejor mesada pensional, por lo que solicitó la revocatoria total de la decisión.

1.6. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

El apoderado de **Porvenir SA** expuso las razones por las cuales no procede la declaratoria de ineficacia, para solicitar la revocatoria de la sentencia y, en caso de confirmarse la decisión, se mantenga la decisión de la condena a devolver los aptes que causó la demandante durante el tiempo de permanencia en ese fondo (pdf 10, C02).

Según constancia secretarial, ni la demandante ni Colpensiones recorrieron el traslado para alegar en segunda instancia.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

2.1. PRESUPUESTOS PROCESALES Y ALCANCE DEL RECURSO.

Conoce la Sala de los recursos de apelación y de la consulta de la sentencia a favor de Colpensiones de conformidad con lo señalado en los artículos 66A y 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

2.2. PROBLEMA JURÍDICO

Esta Sala analizará, si acertó el juez al declarar la ineficacia del traslado de la demandante Blanca Janeth Sanabria Mora al RAIS, con el consecuente regreso al

RPM administrado por Colpensiones, y establecer las consecuencias derivadas de ello.

2.3. HECHOS RELEVANTES PROBADOS

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: i) la demandante nació el 16 de noviembre de 1962 como consta en la cédula de ciudadanía obrante en el expediente administrativo allegado por Colpensiones (archivo 4, pdf. 08, C001); ii) cotizó al RPM a través del ISS hoy Colpensiones desde el 14 de enero de 1993, hasta el 31 de diciembre de 2001 como lo acredita el reporte de semanas cotizadas de Colpensiones (expediente administrativo, pdf. 08 *ídem*); iii) se trasladó al RAIS administrado por Colfondos SA mediante la suscripción del formulario de afiliación de la fecha 26 de noviembre de 2001 con afiliación activa desde enero de 2002 (pág. 103-104 pdf. 19, *ídem*), iv) luego migró a Porvenir SA con el diligenciamiento del formulario fechado 10 de agosto de 2011 (pág. 30, pdf. 16, *ídem*), v) y según historia laboral consolidada estuvo afiliada hasta el mes de septiembre de 2018 (pág. 40-42, pdf. 01, *ídem*); vi) y el agotamiento de la reclamación administrativa ante Colpensiones (pág. 28-30, pdf. 01, *ídem*).

2.4. INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL.

El primer aspecto es recordar que, según el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, la selección de cualquiera de los regímenes previstos en el literal a) de esa disposición es libre y voluntaria, de manera que, cuando cualquier persona natural o jurídica, desconozca ese derecho, se hará acreedor a las sanciones del inciso 1º del artículo 271 de la misma ley, de acuerdo con la cual, cualquier persona que atente contra el derecho del trabajador a su afiliación, traerá como consecuencia que la afiliación quede sin efecto.

Aunque la afiliación es libre y voluntaria, las administradoras de pensiones están compelidas a cumplir con el deber de información, por lo que la decisión de traslado debe estar precedida del cumplimiento de ese mandato, tal como lo dispone el artículo 97, numeral 1º del Decreto 663 de 1993, que la misma debe ser transparente a los afiliados, *«de suerte que les permita, mediante elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado y tomar decisiones informadas»*.

Por información necesaria, la Sala de Casación Laboral ha afirmado que comprende:

la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones», y respecto a la transparencia, ha explicado que implica la obligación de dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, «los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios» (CSJ SL1452-2019, reiterada en SL1688-2019 y SL1689-2019)».

Así, los fondos de pensiones son responsables de proporcionar e indicar al usuario que pretende trasladarse de régimen, los elementos determinantes para tomar una decisión informada. En ese orden, el traslado no surte efectos cuando se le oculta información o no se le brinda en forma completa, porque en ese caso no existe una decisión verdaderamente libre y voluntaria, ya que la determinación de trasladarse de régimen pensional puede variar según la información que se brinde (sentencias CSJ SL373-2021 MP Clara Cecilia Dueñas Quevedo; CSJ SL12136-2014 MP Elsy del Pilar Cuello Calderón y CSJ SL17595-2017 sentencia de instancia).

Por lo tanto, no es posible evidenciar un verdadero consentimiento informado en quien carece de los elementos suficientes para adoptar una decisión adecuada a sus circunstancias particulares, de manera que es insuficiente afirmar que el afiliado expresó su voluntad al permanecer en el RAIS y que su vinculación conserva validez, cuando ambas administradoras incumplieron la obligación de brindarle la información necesaria, en obediencia a lo establecido en los artículos 2 y 12 del Decreto 663 de 1993, vigentes a la fecha del traslado y de la migración entre el RAIS.

De este modo, como la afiliada adujo la falta de información o la mala entrega de esta por parte de las AFP, éstas tienen sobre sí la carga de demostrar el cumplimiento de esa obligación, por cuanto: «*la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo*» (artículo 1604 CC), en ese orden, Porvenir SA era quien debía probar en contrario, que sí proporcionó la información completa y suficiente, en las etapas preparatorias y previas al traslado, porque cuentan con los medios técnicos y los conocimientos respecto a los servicios que ofrecen, es decir, era quien debía arrojar elementos de convicción al interior del proceso que, se brindó una asesoría personalizada y completa a la demandante al momento de

su traslado, y/o migración en el mismo, analizando las circunstancias particulares de su caso.

Se reitera que la carga de la prueba, sin importar la circunstancia particular del afiliado, está a cargo de las AFP, toda vez que: (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuar 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, en razón de que es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento, y (iii) no es razonable invertir la carga de la prueba en contra de la otra parte de la relación contractual, por cuanto las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia respecto al afiliado lego (CSJ SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689-2019 y SL4426-2019).

En ese orden, la constatación de que se cumplió con el deber de información es ineludible, por lo que la simple firma del formulario de afiliación es insuficiente para acreditar el consentimiento informado del afiliado. Este es el criterio postulado por la CSJ en su Sala Laboral, en la sentencia SL19447-2017:

el acto de afiliación o traslado de régimen pensional debe estar acompañado de la decisión libre y voluntaria del afiliado, la cual no se limita a la simple manifestación de quien decide trasladarse, sino que debe ajustarse a los parámetros de libertad informada, es decir, la solicitud y trámite de traslado de régimen pensional, debe estar precedida de una información clara, comprensible y suficiente, sobre las consecuencias favorables y desfavorables que su decisión acarrea» (CSJ SL7561-2021, CSJ SL5595-2021, CSJ3719-2021),

Ahora, el hecho de que la afiliada hubiese suscrito el formulario de vinculación o que en el mismo se empleen leyendas o afirmaciones tales como que «*la afiliación se hace libre y voluntaria*», «*se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones*» u otras similares que suelen consignarse en los formatos preimpresos, no liberan a las AFP de su obligación de cumplir de manera rigurosa y de buena fe su deber de información. A lo sumo, estas expresiones sirven para acreditar un consentimiento sin vicios, pero no uno debidamente informado (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31314, SL, 22 nov. 2011, rad. 33083, SL4964-2018, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018, SL1421-2019 y SL2877-2020).

Desde su creación, las AFP estaban compelidas a suministrar información objetiva, comparada y transparente sobre las características, **ventajas y desventajas** de cada uno de los regímenes pensionales, así como de las **consecuencias jurídicas del traslado**, como lo preceptúa el artículo 97, numeral 1º del Decreto 663 de 1993, en armonía con el artículo 13, literal b) de la Ley 100 de 1993 (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689-2019, SL3464-2019, SL4360-2019, SL2611-2020, SL4806-2020 y SL373-2021).

En sus deberes estaba informar, por ejemplo, de las modalidades pensionales, que el valor de la pensión de vejez en el RAIS depende del capital consignado en la cuenta de ahorro individual; que si no completa el capital suficiente para obtener por lo menos una pensión mínima —equivalente al 110% del SMLMV a la fecha de expedición de la Ley 100 de 93, actualizado con el IPC (Índice de Precios al Consumidor), debe seguir cotizando, si es o no beneficiario del régimen de transición pensional y, las ventajas derivadas del mismo, y mostrarle al afiliado. Labor que debe trascender al «*deber del buen consejo*», como lo ha señalado la jurisprudencia laboral, en la medida que es responsabilidad de dichas administradoras y de sus promotores y/o asesores, velar por la información entregada a sus usuarios -Decreto 729 de 1994, artículo 10- por el cual se reglamentaron los artículos 105 y parcialmente el 287 de la Ley 100 de 1993.

Ahora, aunque Colpensiones insistiera en su defensa que a la demandante le brindaron la asesoría requerida suficiente para el caso, y destacaron que conocía ambos regímenes, la Sala no encuentra demostración que rebata la negación indefinida de la actora de que no la recibió; cuando en su interrogatorio manifestó: «*los miré (los formularios) era información general mi hombre mi cédula mis datos personales y viendo eso los firmé ...viendo todos los beneficios que me estaban dando sin limitación ni restricciones...*». Observándose que la demandante no confesó ni aceptó que conocía el régimen, por el contrario, solo permitió evidenciar un conocimiento vago o somero, mas no que conociera todas las características de ambos regímenes, las ventajas, desventajas y consecuencias que implicaba su traslado.

Bajo tales premisas, la Sala concluye que ambas AFP incumplieron uno de los presupuestos para la eficacia del acto de traslado de régimen pensional, como es, el deber de información, cuya ausencia, dada su incidencia en el derecho a la pensión de vejez, trae como consecuencia la declaración de ineficacia del traslado,

y que las cosas vuelvan al estado anterior en el que se encontraban antes de aquella, como que la demandante nunca se trasladó al RAIS. Razón por la que en este punto se confirmará la decisión de primer grado.

2.5. CONSECUENCIAS DE LA DECLARATORIA DE INEFICACIA DEL TRASLADO.

Bajo esa tesitura, la declaración de ineficacia de traslado implica que las cosas vuelven al mismo estado en que se hallarían de no haber existido el cambio, esto es, se priva de todo efecto práctico al traslado *«bajo la ficción jurídica de que aquella nunca se trasladó al RAIS o, más bien, siempre estuvo afiliada al régimen de prima media con prestación definida»* (CSJ SL1689-2017).

La consecuencia es que **todos aquellos actos jurídicos que se celebraron con posterioridad a la suscripción de dicha afiliación pierden su fuerza vinculante**; por lo que es legítimo que, tanto Porvenir SA como Colfondos SA trasladen a Colpensiones no solo las cotizaciones con los rendimientos financieros, como lo ordenó el *a quo* sino que también están compelidos a devolver, los porcentajes destinados a gastos de administración, primas de seguros previsionales y los aportes al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados, **sin que ninguna de las AFP pueda conservar ningún valor descontado de la cotización**; como lo tiene por sentado la jurisprudencia uniforme de nuestro órgano de cierre jurisdiccional desde la sentencia con Rad 31989 del 9 de sept/08, M.P. Eduardo López Villegas, reiterada en las SL 4989 y 4964 del 14 de nov/18, radicados 47.125 y 54.814, respectivamente, M.P. Gerardo Botero Zuluaga, SL 1688 del 8 mayo/19, SL 2877 del 29/07/2020, Rad. 78667, M.P Clara Cecilia Dueñas Quevedo, SL 3034 Rad. 86961 del 07/07/2021; 3571 Rad. 88476 del 04/08/2021; 3708 Rad 88556 del 18/08/2021; 3709 Rad. 88875 y 3710 Rad. 88550 del 18/08/2021; 3769 Rad, 84296 del 11/08/2021, SL755 Rad 90519, SL756 Rad 90548 del 09/03/2022 y SL1019 Rad 87915 del 16/03/2022, M.P Luis Benedicto Herrera Díaz; y SL843 Rad 85499 del 16/03/2022 M.P Gerardo Botero Zuluaga.

Por tanto, se encuentra que la juez no impartió orden de devolución de los aportes a Porvenir SA, que si bien no es el fondo en el que se encuentra activa la afiliación de la demandante, está obligada también a las restituciones por el período que esta estuvo afiliada a esa administradora, por lo que se modificará la orden para condenar a esta AFP a trasladar a Colpensiones los aportes que administró de la

demandante. Sumado a ello, se encuentra que el juzgado solo ordenó el traslado de los aportes, mas no la devolución de los **gastos de administración, seguros previsionales, y fondo de garantía de pensión mínima**, si bien Colpensiones apeló, pero nada dijo respecto de los conceptos a restituir, como la sentencia se conoce también en grado jurisdiccional de consulta a favor de ésta comparte se ordenará adicionar el fallo en ese sentido, en consonancia con el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, del cual se desprende que los mismos están previstos tanto para el RPM como para el RAIS, y en los artículos 60 y 104 de la referida ley se establece su pago a cargo de los afiliados, lo cierto es que ante la declaratoria de la Ineficacia del traslado de régimen pensional, al volver las cosas al estado en el que se encontraban antes de la misma, estos no se pueden generar en favor de la Administradora del Fondo privado de pensiones demandada.

Sumado a ello se conceptúa que hay lugar a la indexación de los gastos de administración, las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y los aportes al fondo de garantía de pensión mínima, para menoscabo del detrimento patrimonial del RPMPD, conforme a los parámetros establecidos por nuestro órgano de cierre, en sentencias SL 359-2021 y especialmente la SL 950 de 2022, así:

... 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 sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones. Criterio que resulta igualmente aplicable respecto del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.

Y corroborado en el auto AL5492 de 2022, el cual expresó lo siguiente:

Ahora bien, en cuanto a las alegaciones planteadas, respecto del equilibrio económico pretendido por las normas de seguridad social, en razón del sostenimiento financiero, resulta pertinente indicar que la declaratoria de ineficacia del traslado no menoscaba el principio de sostenibilidad financiera del sistema, toda vez que la consecuencia de dicha figura jurídica, radica en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban, es decir, como si el cambio pensional no hubiera ocurrido; por lo tanto, los recursos que deben reintegrar los fondos privados a Colpensiones son utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas (CSJ SL2877-2020 y CSJ SL10222022).

Por consiguiente, se modificará el numera segundo para impartir la orden de traslado tanto a Porvenir SA como a Colfondos SA de devolver a Colpensiones los

aportes de la demandante, y se adicionará para ordenar que junto con sus rendimientos, se traslade los gastos de administración, seguro previsional y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, en consonancia con los porcentajes de distribución estipulados en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, como se precisó en reciente jurisprudencia SL2048-2023, siendo estos tres conceptos los únicos sobre los cuales se dispuso la indexación.

Distinción que encuentra su asiento en que, por disposición legal, los aportes pensionales deben generar una rentabilidad mínima, con la cual compensar la pérdida del poder adquisitivo, siendo éste el argumento que sustenta la devolución de las cotizaciones con sus rendimientos causados; a diferencia de lo que ocurre con los restantes conceptos –gastos de administración - sumas destinadas al seguro previsional - montos dirigidos al fondo de garantía de pensión mínima-, que para el momento en que opere su devolución al RPMPD ya han sido afectados por el fenómeno de la depreciación, por ello la necesidad de ordenar su indexación, a fin de traerlos a valor presente.

Sin embargo, conviene aclarar que la actualización de los aportes solo opera si la AFP respectiva no pone a disposición de Colpensiones los conceptos ordenados en el plazo otorgado.

Así mismo, para precisar que todas las obligaciones de traslado impuestas a Porvenir SA y a Colfondos SA, deberán hacerse con el suministro de la información prevista en el artículo 2.2.2.4.8 del Decreto 1833 de 2016 -por medio del cual se compilan las normas del Sistema General de Pensiones-, dentro de los 30 días siguientes a la sentencia emitida.

2.6. PRESCRIPCIÓN

La excepción de prescripción no está llamada a prosperar por cuanto la acción que involucra el tema de traslado de régimen pensional guarda relación inescindible con la causación, requisitos y valor de la pensión, ante ello se debe predicar la imprescriptibilidad de la presente acción, ver al respecto Sentencia SL-1421 de 2019, Radicado No. 56174 de 10 de abril de 2019.

En efecto, de manera reiterada y pacífica, la SCL de la Corte ha defendido la tesis de que las acciones judiciales encaminadas a que se compruebe la manera en que

ocurrió un hecho o se reconozca un estado jurídico, son imprescriptibles. Lo anterior, bajo la premisa de que ni los hechos ni los estados jurídicos prescriben, a diferencia de lo que ocurre con los derechos de crédito y obligaciones que de ello surjan.

Costas de segunda instancia a cargo de Colpensiones en favor de la demandante por no prosperar el recurso de apelación interpuesto. Las agencias en derecho se fijan en \$1.300.000 a cargo de Colpensiones en favor de la demandante.

En mérito de lo expuesto, la **SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ DC**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

IV. DECIDE:

PRIMERO: Modificar el numeral segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá DC, el 21 de octubre de 2022 dentro del proceso promovido por **Blanca Janeth Sanabria Mora** contra la AFP Porvenir SA, Colfondos SA y Colpensiones; en el sentido de ordenar a Porvenir SA y a Colfondos SA, que en los 30 días siguientes a la sentencia, restituya los gastos de administración, sumas destinadas al seguro previsional, y los montos dirigidos al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados, por el tiempo que estuvo afiliada la actora en cada fondo respectivamente; los cuales deberán hacerse con el suministro de la información prevista en el artículo 2.2.2.4.8 del Decreto 1833 de 2016 -por medio del cual se compilan las normas del Sistema General de Pensiones-, dentro de los 30 días siguientes a la sentencia emitida. Los aportes solo deberán ser indexados en el evento de que la AFP no ponga a disposición de Colpensiones las sumas ordenadas dentro del plazo de **-30 días-** concedido en esta sentencia; de conformidad con las razones expuestas en la parte considerativa.

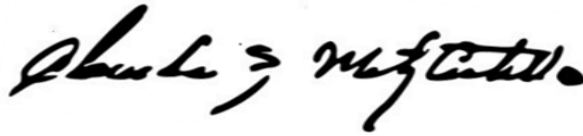
SEGUNDO: Confirmar la sentencia en lo demás.

TERCERO: Costas de segunda instancia a cargo la Demandante a favor de las demandadas, y a cargo de Colpensiones en favor de la demandante por no prosperar los recursos de apelación invocados. Las agencias en derecho se fijan en

\$1.300.000 a cargo de la demandante a favor de las demandadas, y de Colpensiones en favor de la demandante.

Notifíquese lo resuelto por **edicto, publíquese y cúmplase**,

Los magistrados,



CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO

Magistrada Ponente



LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ

Magistrada



RAFAEL ALBEIRO CHAVARRO POVEDA

Magistrado



DEMANDANTE:	Martha Yanet Sarmiento León
DEMANDADA:	Colpensiones y Porvenir SA
TIPO DE PROCESO	Ordinario Laboral
TEMA	Ineficacia
DECISIÓN:	Adiciona y confirma.
RADICADO Y LINK:	11001310509202000041101 11001310500920200041101

En Bogotá DC, a los veintidós (22) días de marzo de dos mil veinticuatro (2024), la **Sala Segunda de Decisión Laboral, conformada por los Magistrados Luz Marina Ibáñez Hernández, Rafael Albeiro Chavarro Poveda, y Claudia Angélica Martínez Castillo**, quien actúa como ponente, se reunió para resolver los recursos de apelación interpuestos por la demandante y Colpensiones, y el grado jurisdiccional de consulta que se surte en favor de ésta última, frente a la decisión adoptada por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá DC, en el proceso ordinario adelantado por la señora **Martha Yanet Sarmiento León** en contra de **Porvenir SA**.

Una vez agotado el procedimiento previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la Sala profiere, por escrito, la siguiente:

SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

I. ANTECEDENTES:

1.1. PRETENSIONES.

Pretende la demandante se declare la ineficacia de su traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida -en adelante RPMPD- administrado por el ISS hoy Colpensiones, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -en adelante -RAIS- administrado por Porvenir SA; así como que se ordene el retorno a Colpensiones y su afiliación sin solución de continuidad. En consecuencia, se

ordene a Porvenir SA trasladar a Colpensiones la totalidad de los aportes junto con sus rendimientos, y a Colpensiones a recibir los aportes, actualizar y corregir la historia laboral. También solicitó el reconocimiento y pago de los perjuicios morales, que estimó en la suma de 200 smlmv, o la suma que se considere; costas. Y como subsidiarias solicitó la declaratoria de inexistencia del actor por medio del cual se trasladó del RPMPD al RAIS. (págs. 69-70 pdf. 01 C01).

1.2. HECHOS

En sustento de sus pretensiones, expuso que nació el 23 de mayo de 1960, estuvo afiliada al Instituto de Seguros Sociales hoy Colpensiones desde el año 1989, que es beneficiaria del régimen de transición porque para el 30 de junio de 1995 superaba los 35 años de edad, y laboraba para el sector público en un ente territorial; posteriormente el 10 de septiembre de 1999 se trasladó a Porvenir SA. Pero que, la decisión inicial del traslado no fue informada, autónoma y consciente, por cuanto en ningún momento la AFP le brindó una asesoría completa, integral y veraz donde se le explicaran los beneficios y desventajas del traslado de régimen pensional. Aseveró haber solicitado a Porvenir la ineficacia, nulidad o inexistencia de afiliación a Porvenir SA, pero la entidad la negó, por lo que agotó la reclamación administrativa ante Colpensiones, también despachada de manera insatisfactoria.

1.3. TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA.

Admitida la demanda e integrada la litis, las demandas se pronunciaron de forma oportuna, así:

Porvenir SA presentó oposición a las pretensiones de la demanda; admitió los hechos relacionados a, la edad, y la negativa a la petición de ineficacia, nulidad o inexistencia; los demás los negó o dijo no constarle por ser hechos de terceros. Formuló como excepciones las de prescripción de manera genérica y de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, y buena fe (pág. 127-159, pdf. 04, ídem).

Colpensiones aceptó los hechos referentes a, la fecha de nacimiento, su afiliación inicial al ISS hoy Colpensiones, y el agotamiento de la reclamación respecto de la nulidad, ineficacia o inexistencia del traslado, y que no consta de los demás por relacionar actos de particulares ajenos a ese fondo. Propuso las excepciones de

mérito que denominó: inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política), buena fe, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, imposibilidad de declarar la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen, y la innominada o genérica (pág. 1-22, pdf. 06 *idem*).

1.4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá DC, mediante sentencia del 15 de noviembre de 2022, dispuso:

PRIMERO. DECLARAR la ineficacia del traslado que realizó la demandante, Martha Yanet Sarmiento León, entre el RPM administrado por el Instituto de Seguros Sociales – hoy Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones - al RAIS, administrado por Porvenir, el 10 de septiembre de 1999.

SEGUNDO. CONDENAR a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantía Porvenir S.A. a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones los valores generados por concepto de aportes, frutos, rendimientos financieros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la señora Martha Yanet Sarmiento León, sin descontar valor alguno por cuotas de administración y comisiones, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

TERCERO. CONDENAR a COLPENSIONES a recibir de Porvenir, todos los valores que le fueren trasladados, y abonarlos en el fondo común que administra, convalidando en la historia laboral de la demandante las correspondientes semanas.

CUARTO. ABSOLVER a las demandadas de la condena por perjuicios morales.

QUINTO. COSTAS. Lo serán a cargo de Porvenir S.A. Tásense por Secretaría. Fíjense como agencias en derecho la suma correspondiente a un (1) SMLMV, de conformidad con lo indicado en la parte motiva.

SEXTO. Remítase el presente asunto ante la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C. a fin de que surta el GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA a favor de la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones, de conformidad con el artículo 69 CPTSS.

Consideró que conforme a la línea jurisprudencial trazada por la Corte Constitucional y la Sala de Casación Laboral de la CSJ, lo procedente era declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional surtido por la demandante, en la medida en que la AFP demandada no probó haberle suministrado información

relevante, veraz y completa, al momento de su afiliación o en su traslado de AFP, que el formulario de vinculación por sí solos no constituyen prueba suficiente para dar por establecido que la información fue veraz, cuando en el caso de la demandante, le faltaba 18 años para llegar a la edad mínima pensional en el RPM.

En cuanto a los perjuicios morales, los negó por cuanto no basta afirmar que un hecho dañino ha ocasionado un perjuicio moral, sino que se hace necesaria la prueba del daño; sin que exista elemento probatorio que acredite su causación y conexidad entre los hechos y el daño.

1.5. RECURSO DE APELACIÓN

La **demandante**, expresó como motivos de inconformidad de forma parcial con la decisión, en cuanto no condenó en costas a Colpensiones a pesar de que también fue vencida en juicio; y que le asiste el derecho a obtener el reconocimiento de la condena por perjuicios ante el daño moral que sufrió por el procedimiento que le tocó iniciar en virtud del actuar negligente en el fondo privado, lo que le generó congoja, zozobra y tristeza, que fueron evidentes dentro del interrogatorio así como los perjuicios morales.

Colpensiones manifestó en la sustentación del recurso, que no hay vicios del consentimiento o dolo porque la actora, quien para la fecha de traslado no tenía una expectativa legítima por cuanto se encontraba en la prohibición de ley para trasladarse de fondo ni era beneficiaria del régimen de transición; no se probó la información equivocada o falaz, y que para la fecha de traslado solo tenía la obligación de brindar información sobre las condiciones, y por el contrario lo que evidencia es descuido de la demandante para retornar oportunamente.

1.6. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

El apoderado de la **demandante** solicitó la confirmación de la sentencia en torno a la declaratoria de ineficacia y las consecuencias de esta, en aplicación del precedente jurisprudencial y revocarla a fin de condenar en costas a Colpensiones; reiterando los argumentos expuestos en primera instancia para sustentar el recurso (pdf. 006, C002).

El apoderado de **Colpensiones** reiteró los argumentos expuestos en la sustentación del recurso en la primera instancia para que se revoque la sentencia, y en caso de acceder a sus reparos; la condena se supedite que Protección SA y AFP Porvenir SA, trasladen según corresponda debidamente indexado o con intereses a Colpensiones la totalidad de valores consignados en la cuenta de ahorro individual día demandante desde su afiliación a la actualidad, seguros previsionales, gastos de administración, rendimientos, fondo de garantía de pensión mínima, fondo de solidaridad pensional, y los bonos pensionales si los hubiere causado en los fondos donde estuvo afiliada la actora (pdf. 008 *idem*).

El apoderado de **Porvenir SA** expresó que no se configuraron los presupuestos de la ineficacia del traslado de régimen pensional, dado que se realizó de manera libre, voluntaria y consiente, tal y como se expresó en el formulario de afiliación de acuerdo a la normatividad vigente, y que la accionante pudo haberse trasladarse oportunamente; que no es argumento para acceder a la ineficacia la inconformidad de la demandante en cuanto a la diferencia en el monto de la mesada a percibir en cada régimen, porque este factor no vicia su voluntad. Señaló que solo deberían restituir los rendimientos de los aportes que hubieran tenido en el RPMPD. Que no procede la devolución de los gastos de administración, de los seguros previsionales tienen una destinación específica, y los segundos fueron trasladados a la compañía aseguradora con la que se contrató la cobertura, con la finalidad de proporcionar al afiliado el aseguramiento de los riesgos de invalidez y muerte de conformidad a la estructura del RAIS, y que se desestime la condena en costas (pdf 008, *idem*).

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

2.1. PRESUPUESTOS PROCESALES Y ALCANCE DEL RECURSO.

Conoce la Sala de los recursos de apelación y de la consulta de la sentencia a favor de Colpensiones de conformidad con lo señalado en los artículos 66A y 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

2.2. PROBLEMA JURÍDICO

Esta Sala analizará, si acertó el juez al declarar la ineficacia del traslado de la demandante Martha Yanet Sarmiento León al RAIS, con el consecuente regreso al

RPM administrado por Colpensiones, y establecer las consecuencias derivadas de ello.

2.3. HECHOS RELEVANTES PROBADOS

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: i) la demandante nació el 23 de mayo de 1960 (pág. 8 pdf. 01, C001); ii) cotizó al RPM a través del ISS hoy Colpensiones desde el 1 de noviembre de 1989, hasta el 30 de noviembre de 1999 como lo acredita el reporte de semanas cotizadas de Colpensiones (expediente administrativo, pdf. 05 *idem*); iii) se trasladó al RAIS administrado por Porvenir SA mediante la suscripción del formulario de afiliación de la fecha 10 de septiembre de 1999 (pág. 101 pdf. 04, *idem*), iv) con afiliación activa desde el 01 de noviembre de 1999 como lo demuestra la certificación de Porvenir SA (pág. 85 pdf. 04 *idem*), (i) donde se encuentra actualmente con un total de 1.185 semanas conforme a la historia laboral aportada (pág. 85, pdf. 04 *idem*); y el agotamiento de la reclamación administrativa ante Colpensiones el 27 de agosto de 2020 (pág. 30, pdf. 01, *idem*).

2.4. INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL.

El primer aspecto es recordar que, según el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, la selección de cualquiera de los regímenes previstos en el literal a) de esa disposición es libre y voluntaria, de manera que, cuando cualquier persona natural o jurídica, desconozca ese derecho, se hará acreedor a las sanciones del inciso 1º del artículo 271 de la misma ley, de acuerdo con la cual, cualquier persona que atente contra el derecho del trabajador a su afiliación, traerá como consecuencia que la afiliación quede sin efecto.

Aunque la afiliación es libre y voluntaria, las administradoras de pensiones están compelidas a cumplir con el deber de información, por lo que la decisión de traslado debe estar precedida del cumplimiento de ese mandato, tal como lo dispone el artículo 97, numeral 1º del Decreto 663 de 1993, que la misma debe ser transparente a los afiliados, *«de suerte que les permita, mediante elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado y tomar decisiones informadas»*.

Por información necesaria, la Sala de Casación Laboral ha afirmado que comprende:

la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones», y respecto a la transparencia, ha explicado que implica la obligación de dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, «los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios» (CSJ SL1452-2019, reiterada en SL1688-2019 y SL1689-2019”.

Así, el fondo de pensiones es responsable de proporcionar e indicar al usuario que pretende trasladarse de régimen, los elementos determinantes para tomar una decisión informada. En ese orden, el traslado no surte efectos cuando se le oculta información o no se le brinda en forma completa, porque en ese caso no existe una decisión verdaderamente libre y voluntaria, ya que la determinación de trasladarse de régimen pensional puede variar según la información que se brinde (sentencias CSJ SL373-2021 MP Clara Cecilia Dueñas Quevedo; CSJ SL12136-2014 MP Elsy del Pilar Cuello Calderón y CSJ SL17595-2017 sentencia de instancia).

Por lo tanto, no es posible evidenciar un verdadero consentimiento informado en quien carece de los elementos suficientes para adoptar una decisión adecuada a sus circunstancias particulares, de manera que es insuficiente afirmar que el afiliado expresó su voluntad al permanecer en el RAIS y que su vinculación conserva validez, cuando ambas administradoras incumplieron la obligación de brindarle la información necesaria, en obediencia a lo establecido en los artículos 2 y 12 del Decreto 663 de 1993, vigentes a la fecha del traslado y de la migración entre el RAIS.

De este modo, como la afiliada adujo la falta de información o la mala entrega de esta por parte de las AFP, éstas tienen sobre sí la carga de demostrar el cumplimiento de esa obligación, por cuanto: «*la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo*» (artículo 1604 CC), en ese orden, Porvenir SA era quien debía probar en contrario, que sí proporcionó la información completa y suficiente, en las etapas preparatorias y previas al traslado, porque cuentan con los medios técnicos y los conocimientos respecto a los servicios que ofrecen, es decir, era quien debía arrojar elementos de convicción al interior del proceso que, se brindó una asesoría personalizada y completa a la demandante al momento de su traslado, y/o migración en el mismo, analizando las circunstancias particulares de su caso.

Se reitera que la carga de la prueba, sin importar la circunstancia particular del afiliado, está a cargo de las AFP, toda vez que: (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuar 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, en razón de que es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento, y (iii) no es razonable invertir la carga de la prueba en contra de la otra parte de la relación contractual, por cuanto las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia respecto al afiliado lego (CSJ SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689-2019 y SL4426-2019).

En ese orden, la constatación de que se cumplió con el deber de información es ineludible, por lo que la simple firma del formulario de afiliación es insuficiente para acreditar el consentimiento informado del afiliado. Este es el criterio postulado por la CSJ en su Sala Laboral, en la sentencia SL19447-2017:

el acto de afiliación o traslado de régimen pensional debe estar acompañado de la decisión libre y voluntaria del afiliado, la cual no se limita a la simple manifestación de quien decide trasladarse, sino que debe ajustarse a los parámetros de libertad informada, es decir, la solicitud y trámite de traslado de régimen pensional, debe estar precedida de una información clara, comprensible y suficiente, sobre las consecuencias favorables y desfavorables que su decisión acarrea» (CSJ SL7561-2021, CSJ SL5595-2021, CSJ3719-2021),

Ahora, el hecho de que la afiliada hubiese suscrito el formulario de vinculación o que en el mismo se empleen leyendas o afirmaciones tales como que «*la afiliación se hace libre y voluntaria*», «*se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones*» u otras similares que suelen consignarse en los formatos preimpresos, no liberan a las AFP de su obligación de cumplir de manera rigurosa y de buena fe su deber de información. A lo sumo, estas expresiones sirven para acreditar un consentimiento sin vicios, pero no uno debidamente informado (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31314, SL, 22 nov. 2011, rad. 33083, SL4964-2018, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018, SL1421-2019 y SL2877-2020).

El argumento referente a que se impone una obligación inexistente al momento de la vinculación no es acertado por cuanto desde la creación de las AFP, estaban compelidas a suministrar información objetiva, comparada y transparente sobre las características, **ventajas y desventajas** de cada uno de los regímenes pensionales,

así como de las **consecuencias jurídicas del traslado**, como lo preceptúa el artículo 97, numeral 1º del Decreto 663 de 1993, en armonía con el artículo 13, literal b) de la Ley 100 de 1993 (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689-2019, SL3464-2019, SL4360-2019, SL2611-2020, SL4806-2020 y SL373-2021).

En sus deberes estaba informar de las diferentes modalidades pensionales, que el valor de la pensión de vejez en el RAIS depende del capital consignado en la cuenta de ahorro individual; que si no completa el capital suficiente para obtener por lo menos una pensión mínima -equivalente al 110% del SMLMV a la fecha de expedición de la Ley 100 de 93, actualizado con el IPC (Índice de Precios al Consumidor), debe seguir cotizando, si es o no beneficiario del régimen de transición pensional y, las ventajas que se derivan del mismo, así como efectuarle las proyecciones aritméticas y los comparativos necesarios hacia el futuro de ambas opciones, con el cálculo aproximado del monto pensional que le correspondería, y en fin, mostrarle al afiliado **con detalle**, las ventajas y desventajas de tomar la decisión de traslado de régimen pensional, para que la misma sea realmente libre y voluntaria. Labor que debe trascender al «*deber del buen consejo*», como lo ha señalado la jurisprudencia laboral, en la medida que es responsabilidad de dichas administradoras y de sus promotores y/o asesores, velar por la información entregada a sus usuarios -Decreto 729 de 1994, artículo 10- por el cual se reglamentaron los artículos 105 y parcialmente el 287 de la Ley 100 de 1993.

Ahora, aunque Porvenir SA insistió en sus alegatos que a la demandante le brindaron la asesoría requerida suficiente para el caso, y destacaron que conocía ambos regímenes, la Sala no encuentra demostración que rebata la negación indefinida de la actora de que no la recibió. Observándose que la demandante no confesó ni aceptó que conocía el régimen, por el contrario, solo permitió evidenciar un conocimiento vago o somero, mas no que conociera todas las características de ambos regímenes, las ventajas, desventajas y consecuencias que implicaba su traslado.

Bajo tales premisas, la Sala concluye que se incumplió uno de los presupuestos para la eficacia del acto de traslado de régimen pensional, como es, el deber de información, cuya ausencia, dada su incidencia en el derecho a la pensión de vejez, trae como consecuencia la declaración de ineficacia del traslado, y que las cosas vuelvan al estado anterior en el que se encontraban antes de aquella, como que la

demandante nunca se trasladó al RAIS. Razón por la que en este punto se confirmará la decisión de primer grado.

2.5. CONSECUENCIAS DE LA DECLARATORIA DE INEFICACIA DEL TRASLADO.

Bajo esa tesitura, la declaración de ineficacia de traslado implica que las cosas vuelven al mismo estado en que se hallarían de no haber existido el cambio, esto es, se priva de todo efecto práctico al traslado *«bajo la ficción jurídica de que aquella nunca se trasladó al RAIS o, más bien, siempre estuvo afiliada al régimen de prima media con prestación definida»* (CSJ SL1689-2017).

Reflexiona la Corporación que la consecuencia jurídica es que **todos aquellos actos jurídicos que se celebraron con posterioridad a la suscripción de dicha afiliación pierden su fuerza vinculante**; por lo que es legítimo que Porvenir SA traslade a Colpensiones no solo el saldo de la cuenta de ahorro individual con los rendimientos financieros, como lo ordenó la *a quo* sino también, los porcentajes destinados a gastos de administración, primas de seguros previsionales y al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados, **sin que ninguna de las AFP pueda conservar ningún valor descontado de la cotización**, como lo ha determinado la jurisprudencia uniforme de nuestro órgano de cierre jurisdiccional desde la sentencia con Rad 31989 del 9 de sept/08, M.P. Eduardo López Villegas, reiterada en las SL 4989 y 4964 del 14 de nov/18, radicados 47.125 y 54.814, respectivamente, M.P. Gerardo Botero Zuluaga, SL 1688 del 8 mayo/19, SL 2877 del 29/07/2020, Rad. 78667, M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, SL 3034 Rad. 86961 del 07/07/2021; 3571 Rad. 88476 del 04/08/2021; 3708 Rad 88556 del 18/08/2021; 3709 Rad. 88875 y 3710 Rad. 88550 del 18/08/2021; 3769 Rad, 84296 del 11/08/2021, SL755 Rad 90519, SL756 Rad 90548 del 09/03/2022 y SL1019 Rad 87915 del 16/03/2022, M.P. Luis Benedicto Herrera Díaz; y SL843 Rad 85499 del 16/03/2022 M.P. Gerardo Botero Zuluaga.

Por tanto, y como la juez no ordenó la devolución de los **gastos de administración, seguros previsionales, y fondo de garantía de pensión mínima**, si bien Colpensiones apeló, pero nada dijo respecto de los conceptos a restituir, como la sentencia se conoce también en grado jurisdiccional de consulta a favor de ésta comparte se ordenará adicionar el fallo, por cuanto si bien del artículo 20 de la Ley 100 de 1993 se desprende que los mismos están previstos tanto para el RPM como

para el RAIS, y en los artículos 60 y 104 de la referida ley se establece su pago a cargo de los afiliados, lo cierto es que ante la declaratoria de la Ineficacia del traslado de régimen pensional, al volver las cosas al estado en el que se encontraban antes de la misma, estos no se pueden generar en favor de la Administradora del Fondo privado de pensiones demandada.

Sumado a ello se conceptúa que hay lugar a la indexación de los gastos de administración, las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y los aportes al fondo de garantía de pensión mínima, para menoscabo del detrimento patrimonial del RPMPD, conforme a los parámetros establecidos por nuestro órgano de cierre, en sentencias SL 359-2021 y especialmente la SL 950 de 2022, así:

... 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 sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones. Criterio que resulta igualmente aplicable respecto del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.

Y corroborado en el auto AL5492 de 2022, el cual expresó lo siguiente:

Ahora bien, en cuanto a las alegaciones planteadas, respecto del equilibrio económico pretendido por las normas de seguridad social, en razón del sostenimiento financiero, resulta pertinente indicar que la declaratoria de ineficacia del traslado no menoscaba el principio de sostenibilidad financiera del sistema, toda vez que la consecuencia de dicha figura jurídica, radica en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban, es decir, como si el cambio pensional no hubiera ocurrido; por lo tanto, los recursos que deben reintegrar los fondos privados a Colpensiones son utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas (CSJ SL2877-2020 y CSJ SL10222022).

Por consiguiente, se confirmará la orden a la AFP de devolver a Colpensiones los aportes de la demandante, y se adicionará para ordenar que junto con sus rendimientos, se traslade los gastos de administración, seguro previsional y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, en consonancia con los porcentajes de distribución estipulados en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, como se precisó en reciente jurisprudencia SL2048-2023, siendo estos tres conceptos los únicos sobre los cuales se dispuso la indexación.

Distinción que encuentra su asiento en que, por disposición legal, los aportes pensionales deben generar una rentabilidad mínima, con la cual compensar la

pérdida del poder adquisitivo, siendo éste el argumento que sustenta la devolución de las cotizaciones con sus rendimientos causados; a diferencia de lo que ocurre con los restantes conceptos –gastos de administración - sumas destinadas al seguro previsional - montos dirigidos al fondo de garantía de pensión mínima-, que para el momento en que opere su devolución al RPMPD ya han sido afectados por el fenómeno de la depreciación, por ello la necesidad de ordenar su indexación, a fin de traerlos a valor presente.

Así mismo, para precisar que todas las obligaciones de traslado impuestas a Porvenir SA, deberán hacerse con el suministro de la información prevista en el artículo 2.2.2.4.8 del Decreto 1833 de 2016 -por medio del cual se compilan las normas del Sistema General de Pensiones-, dentro de los 30 días siguientes a la sentencia emitida.

Sin embargo, conviene aclarar que la actualización de los aportes solo opera si la AFP respectiva no pone a disposición de Colpensiones los conceptos ordenados en el plazo otorgado.

2.6. DE LA INDEMNIZACIÓN POR PERJUICIOS

Finalmente, en torno a los reproches de la **demandante**, para que se ordene en esta segunda instancia, el reconocimiento y pago de los perjuicios por daño material y perjuicios materiales que le causaron a la actora con el traslado del RPMPD al RAIS, y la ineficacia que debió declararse por esta vía ordinaria, advierte la Sala que en el mismo sentido en que lo decidió la juez de primer grado, en el proceso objeto de alzada no hay lugar a indemnización de perjuicio alguno, por cuanto la hoy recurrente y demandante, ninguna prueba aportó al plenario para acreditar los mismos, que a contrario sensu de lo esbozado por el apelante, no basta con afirmación de situaciones dilucidadas o por la lacónica razón de la diferencia entre la mesada pensional reconocida en el RAIS por ser inferior a la que pudo haber recibido estando en el RPM, sin que se cuantificara su monto o determinara los daños a reparar, sin adosar documental alguna para corroborar sus dichos.

En suma, ante la orfandad probatoria respecto del daño perceptible sufrido, que no es dable de presunción, lo cual era su carga probatoria al tenor de lo dispuesto en el artículo 167 del CGP, aplicable por analogía del artículo 145 del CPTSS; y si bien en el hecho que enumeró 2.12, aseveró «*El fondo privado demandado PORVENIR*

S.A., o sus asesores nunca advirtieron que la pensión podría ser inferior a la del Régimen de Prima Media con Prestación Definida» (pág. 72, pdf. 01, idem), considera la Sala que el daño no se puede deducir simplemente de que haya una diferencia en la mesada pensional en el RAIS respecto a la que le hubiere podido corresponder en el RPMPD, pues al momento de la afiliación o traslado de régimen pensional, existen diversas variables que pueden cambiar con el paso del tiempo, hasta el momento del reconocimiento de la prestación de vejez, como por ejemplo, los salarios devengados a lo largo de la vida laboral, la existencia o no de beneficiarios al momento de la afiliación o la expectativa de vida probable del entonces afiliado, entre otras, las cuales necesariamente inciden en el valor de la pensión de vejez en el RAIS.

Además, tampoco se puede pasar por alto que en nuestra legislación existen 2 regímenes pensionales que coexisten, pero son excluyentes entre sí como lo establece el artículo 12 de la Ley 100 de 1993, configurándose en cada uno de ellos, la forma en la que se reconocen las prestaciones a sus afiliados, quienes están sujetos a obtener las prestaciones conforme a lo dispuesto en uno u otro régimen, en la referida ley; por lo que se confirmará este punto.

2.7. PRESCRIPCIÓN

La excepción de prescripción no está llamada a prosperar por cuanto la acción que involucra el tema de traslado de régimen pensional guarda relación inescindible con la causación, requisitos y valor de la pensión, ante ello se debe predicar la imprescriptibilidad de la presente acción, ver al respecto Sentencia SL-1421 de 2019, Radicado No. 56174 de 10 de abril de 2019.

En efecto, de manera reiterada y pacífica, la SCL de la Corte ha defendido la tesis de que las acciones judiciales encaminadas a que se compruebe la manera en que ocurrió un hecho o se reconozca un estado jurídico, son imprescriptibles. Lo anterior, bajo la premisa de que ni los hechos ni los estados jurídicos prescriben, a diferencia de lo que ocurre con los derechos de crédito y obligaciones que de ello surjan.

2.8 COSTAS DEL PROCESO

Con relación al punto de impugnación de la demandante relativo a las costas que deben ser impuestas a Colpensiones debemos tener en cuenta que la condena que se emite en su contra no es por su actuar negligente u omisivo, sino que es la consecuencia de la ineficacia de una afiliación por la desidia que tuvo un tercero con la demandante; así que las condenas que asume hoy Colpensiones surgen de la declaratoria de ineficacia, por lo que no hay lugar a condenar a esta codemandada a las costas de primera instancia, y en tal sentido se confirmará el numeral quinto de la sentencia objeto de alzada.

Conforme con las razones fácticas, probatorias y de derecho expuestas en precedencia, la sentencia revisada en apelación y consulta se adicionará y confirmará.

Costas de segunda instancia a cargo de la Demandante a favor de las demandadas, y de Colpensiones en favor de la demandante por no prosperar el recurso de apelación interpuesto por ninguna de ellas. Las agencias en derecho se fijan en \$1.300.000 la Demandante a favor de las demandadas, y de Colpensiones en favor de la demandante.

En mérito de lo expuesto, la **SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ DC**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

IV. DECIDE:

PRIMERO: ADICIONAR el numeral segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá DC, el 15 de noviembre de 2022 dentro del proceso promovido por **Martha Yanet Sarmiento León** contra la AFP Porvenir SA y Colpensiones; n el sentido de ordenar a Porvenir SA que en los 30 días siguientes a la sentencia, restituya los gastos de administración, sumas destinadas al seguro previsional, y los montos dirigidos al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados. Los aportes solo deberán ser indexados en el evento de que la AFP no ponga a disposición de Colpensiones las sumas ordenadas dentro del plazo de **-1 mes-** concedido en la sentencia de primera instancia; de conformidad con las razones expuestas en la parte considerativa.

SEGUNDO: Confirmar la sentencia en lo demás.

TERCERO: Costas de segunda instancia a cargo la Demandante a favor de las demandadas, y a cargo de Colpensiones en favor de la demandante por no prosperar los recursos de apelación invocados. Las agencias en derecho se fijan en \$1.300.000 a cargo de la demandante a favor de las demandadas, y de Colpensiones en favor de la demandante.

Notifíquese lo resuelto por **edicto, publíquese y cúmplase,**

Los magistrados,



CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO

Magistrada Ponente



LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ

Magistrada



RAFAEL ALBEIRO CHAVARRO POVEDA

Magistrado



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

DEMANDANTE:	Gloria Nohora Céspedes Duque
DEMANDADA:	Colpensiones y Porvenir SA
TIPO DE PROCESO	Ordinario Laboral
TEMA	Ineficacia
DECISIÓN:	Revoca, modifica y confirma.
RADICADO Y LINK:	11001310501220200020102 11001310501220200020102

En Bogotá DC, a los veintidós (22) días de marzo de dos mil veinticuatro (2024), la **Sala Segunda de Decisión Laboral, conformada por los Magistrados Luz Marina Ibáñez Hernández, Rafael Albeiro Chavarro Poveda, y Claudia Angélica Martínez Castillo**, quien actúa como ponente, se reunió para resolver los recursos de apelación interpuestos por Skandia SA y Colpensiones, y el grado jurisdiccional de consulta que se surte en favor de ésta última, frente a la decisión adoptada por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá DC, en el proceso ordinario adelantado por la señora **Gloria Nohora Céspedes Duque** en contra de **Porvenir SA**.

Una vez agotado el procedimiento previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la Sala profiere, por escrito, la siguiente:

SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

I. ANTECEDENTES:

1.1. PRETENSIONES.

Pretende la demandante se declare la nulidad y/o ineficacia de su vinculación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -en adelante -RAIS- administrado por Porvenir SA, ordene su traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida -en adelante RPMPD-; así como que se ordene el retorno a Colpensiones y su afiliación sin solución de continuidad. En consecuencia, se ordene a Old Mutual SA trasladar a Colpensiones la totalidad de los aportes junto con sus rendimientos, y a Colpensiones a recibir los aportes;

con la actualización de su historia laboral con el detalle de la devolución de aportes; costas y agencias en derecho (págs. 26-27, pdf. 01, C01).

1.2. HECHOS

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que nació el 15 de agosto de 1964; su afiliación inicial al sistema general de seguridad social en pensiones lo fue al RPMPD a través del extinto ISS hoy Colpensiones, y luego se vinculó al RAIS con la AFP Porvenir SA. Pero que, la decisión inicial del traslado no fue informada, autónoma y consciente, por cuanto en ningún momento la AFP le brindó una asesoría completa, integral y veraz donde se le explicaran los beneficios y desventajas del traslado de régimen pensional; que agotó la reclamación administrativa ante Colpensiones sin obtener respuesta (pág. 27-29, *idem*).

1.3. TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA.

Admitida la subsanación de la demanda e integrada la litis, las demandas se pronunciaron de forma oportuna, así:

Porvenir SA presentó oposición a las pretensiones de la demanda; no admitió ninguno de los hechos relatados, sino que los negó o manifestó no constarle. Formuló como excepciones de mérito las de: prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, y la genérica (pág. 2-29, pdf. 07, *ídem*).

Colpensiones aceptó los hechos referentes a la edad de la demandante, su afiliación al ISS antes del traslado al RAIS, el agotamiento de la reclamación administrativa donde les solicitó la anulación del traslado, y aclaró que sí le dieron respuesta de forma negativa, así como la de retorno al RPM; de los demás hechos dijo no constarle. Propuso las excepciones de fondo que denominó: prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de reunir los requisitos legales, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, cobro de lo no debido, buena fe, imposibilidad de condena en costas, declaratoria de otras excepciones (pág. 2-12, pdf. 08, *idem*).

1.4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá DC, mediante sentencia del 28 de marzo de 2023, dispuso:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado realizado por la señora GLORIA NOHORA CÉSPEDES DUQUE, identificada con C.C. No 51.820.509 del régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS hoy COLPENSIONES al de ahorro individual con solidaridad administrado por PORVENIR S.A. el 18 de junio de 1997, conforme a lo considerado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: DECLARAR válidamente vinculada a la señora GLORIA NOHORA CÉSPEDES DUQUE al régimen de prima media con prestación definida, conforme lo expuesto.

TERCERO: CONDENAR a PORVENIR S.A., a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora GLORIA NOHORA CÉSPEDES DUQUE tales como como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, comisiones, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea la demandante en su cuenta de ahorro individual, debidamente indexados; conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: CONDENAR a COLPENSIONES a recibir todos los valores que reintegre PORVENIR S.A., con motivo de la declaratoria de ineficacia de la afiliación de la señora GLORIA NOHORA CÉSPEDES DUQUE al régimen de ahorro individual con solidaridad, y una vez ingresen los dineros a actualizar su información en la historia laboral.

QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas de acuerdo a lo motivado.

SEXTO: CONDENAR en costas de esta instancia a PORVENIR S.A. y COLPENSIONES a favor de la demandante. Por secretaría practíquese la liquidación de costas, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$1.160.000 para cada una.

SÉPTIMO: En caso de no ser apelada la presente decisión por parte de COLPENSIONES, remítase el expediente al H. Tribunal Superior de Bogotá – Sala Laboral, a fin de que se surta el grado jurisdiccional de **CONSULTA** a su favor.

Conforme a la línea jurisprudencial trazada por la Corte Constitucional y la Sala de Casación Laboral de la CSJ, consideró que lo procedente era declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional surtido por la demandante, en la medida en que ninguna de las AFP demandadas probó haberle suministrado la asesoría suficiente y entregado información relevante, veraz y completa, al momento de su afiliación al RAIS o de su traslado entre AFP, en razón de que los formularios de afiliación por sí solos no constituyen prueba suficiente para tener por demostrado que la información fue veraz. Y con la devolución de los dineros, cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos mermas, con los cuales Colpensiones cubrirá la prestación a futuro, lo que salvaguarda la sostenibilidad económica del sistema.

1.5. RECURSO DE APELACIÓN

Porvenir, expresó su inconformidad con la decisión, señalando que la indexación ordenada es improcedente, de acuerdo con la jurisprudencia en materia indemnizatoria con en la SL9316 de 2016, lo que resulta incompatible con los rendimientos que generaron los aportes de la afiliada; que los rendimientos serían excluyentes de la indexación.

Colpensiones manifestó en la sustentación del recurso, que existió una correspondencia entre la voluntad de acción en la demandante con la firma de formulario; que la demandante se encontraba en la prohibición de ley para trasladarse lo que genera descapitalización del RPMPD cuando no ha efectuado sus aportes en este régimen; y que se revoque la condena en costas impuestas a esa administradora atendiendo el precedente de este Tribunal, que ha señalado que Colpensiones no tuvo injerencia directa o indirecta en el acto de traslado que generó la ineficacia del mismo.

1.6. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

El apoderado de **Porvenir SA** expresó que no se configuraron los presupuestos de la ineficacia del traslado de régimen pensional, dado que se realizó de manera libre, voluntaria y consiente, tal y como se expresó en el formulario de afiliación de acuerdo a la normatividad vigente, y que la accionante pudo haberse trasladarse oportunamente; que no es argumento para acceder a la ineficacia la inconformidad de la demandante en cuanto a la diferencia en el monto de la mesada a percibir en cada régimen, porque este factor no vicia su voluntad. Señaló que solo deberían restituir los rendimientos de los aportes que hubieran tenido en el RPMPD. Reiterando los argumentos para solicitar la revocatoria de la indexación de los conceptos a devolver, por tratarse de una doble sanción (pdf 05, C02).

El apoderado de la **demandante** solicitó la confirmación de la sentencia en torno a la declaratoria de ineficacia y las consecuencias de esta, en aplicación del precedente jurisprudencial y revocarla a fin de condenar en costas a Colpensiones; reiterando los argumentos expuestos en primera instancia para sustentar el recurso (pdf. 006, C002).

El apoderado de **Colpensiones** reiteró los argumentos expuestos en la sustentación del recurso en la primera instancia para que se revoque la sentencia, y en caso de acceder a sus reparos; la condena se supedite que Porvenir SA y AFP Porvenir SA, trasladen según corresponda debidamente indexado o con intereses a Colpensiones la totalidad de valores consignados en la cuenta de ahorro individual de la demandante desde su afiliación a la actualidad, seguros previsionales, gastos de administración, rendimientos, fondo de

garantía de pensión mínima, fondo de solidaridad pensional, y los bonos pensionales si los hubiere causado en los fondos donde estuvo afiliada la actora (pdf. 008 *idem*).

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

2.1. PRESUPUESTOS PROCESALES Y ALCANCE DEL RECURSO.

Conoce la Sala de los recursos de apelación y de la consulta de la sentencia a favor de Colpensiones de conformidad con lo señalado en los artículos 66A y 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

2.2. PROBLEMA JURÍDICO

Esta Sala analizará, si acertó el juez al declarar la ineficacia del traslado de la demandante Gloria Nohora Céspedes Duque al RAIS, con el consecuente regreso al RPM administrado por Colpensiones, y establecer las consecuencias derivadas de ello.

2.3. HECHOS RELEVANTES PROBADOS

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: i) la demandante nació el 15 de agosto de 1964 (expediente administrativo pdf. 09, C001); ii) cotizó al RPM a través del ISS hoy Colpensiones desde el 21 de agosto de 1991, hasta el 31 de diciembre de 1999 como lo acredita el reporte de semanas cotizadas de Colpensiones (*idem*); iii) se trasladó al RAIS administrado por Porvenir SA mediante la suscripción del formulario de afiliación de la fecha 16 de junio de 1997, con afiliación activa desde el 4 de agosto de 1997 (pág. 86, pdf. 07, *ídem*); iv), y donde registra cotizaciones hasta el mes de mayo de 2021, según la historia laboral que anexó dicho fondo (pág. 113-120, *idem*); v) agotamiento de la reclamación administrativa ante Colpensiones solicitando la aceptación del traslado y retorno a dicha administradora (pág. 16.17, *idem*).

2.4. INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL.

El primer aspecto es recordar que, según el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, la selección de cualquiera de los regímenes previstos en el literal a) de esa disposición es libre y voluntaria, de manera que, cuando cualquier persona natural o jurídica, desconozca

ese derecho, se hará acreedor a las sanciones del inciso 1º del artículo 271 de la misma ley, de acuerdo con la cual, cualquier persona que atente contra el derecho del trabajador a su afiliación, traerá como consecuencia que la afiliación quede sin efecto.

Aunque la afiliación es libre y voluntaria, las administradoras de pensiones están compelidas a cumplir con el deber de información, por lo que la decisión de traslado debe estar precedida del cumplimiento de ese mandato, tal como lo dispone el artículo 97, numeral 1º del Decreto 663 de 1993, que la misma debe ser transparente a los afiliados, *«de suerte que les permita, mediante elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado y tomar decisiones informadas»*.

Por información necesaria, la Sala de Casación Laboral ha afirmado que comprende:

la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones», y respecto a la transparencia, ha explicado que implica la obligación de dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, «los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios» (CSJ SL1452-2019, reiterada en SL1688-2019 y SL1689-2019)".

Así, el fondo de pensiones es responsable de proporcionar e indicar al usuario que pretende trasladarse de régimen, los elementos determinantes para tomar una decisión informada. En ese orden, el traslado no surte efectos cuando se le oculta información o no se le brinda en forma completa, porque en ese caso no existe una decisión verdaderamente libre y voluntaria, ya que la determinación de trasladarse de régimen pensional puede variar según la información que se brinde (sentencias CSJ SL373-2021 MP Clara Cecilia Dueñas Quevedo; CSJ SL12136-2014 MP Elsy del Pilar Cuello Calderón y CSJ SL17595-2017 sentencia de instancia).

Por lo tanto, no es posible evidenciar un verdadero consentimiento informado en quien carece de los elementos suficientes para adoptar una decisión adecuada a sus circunstancias particulares, de manera que es insuficiente afirmar que el afiliado expresó su voluntad al permanecer en el RAIS y que su vinculación conserva validez, cuando ambas administradoras incumplieron la obligación de brindarle la información necesaria, en obediencia a lo establecido en los artículos 2 y 12 del Decreto 663 de 1993, vigentes a la fecha del traslado y de la migración entre el RAIS.

De este modo, como la afiliada adujo la falta de información o la mala entrega de esta por parte de las AFP a las que estuvo afiliada y a la que se encontraba vinculada a la fecha de

la demanda, éstas tienen sobre sí la carga de demostrar el cumplimiento de esa obligación, por cuanto: *«la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo»* (artículo 1604 CC), en ese orden, Porvenir SA era quien debía probar en contrario, que sí proporcionó la información completa y suficiente, en las etapas preparatorias y previas al traslado, porque cuentan con los medios técnicos y los conocimientos respecto a los servicios que ofrecen, es decir, era quien debía arrojar elementos de convicción al interior del proceso que, se brindó una asesoría personalizada y completa a la demandante al momento de su traslado, y/o migración en el mismo, analizando las circunstancias particulares de su caso.

Se reitera que la carga de la prueba, sin importar la circunstancia particular del afiliado, está a cargo de las AFP, toda vez que: (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuar 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, en razón de que es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento, y (iii) no es razonable invertir la carga de la prueba en contra de la otra parte de la relación contractual, por cuanto las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia respecto al afiliado lego (CSJ SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689-2019 y SL4426-2019).

En ese orden, la constatación de que se cumplió con el deber de información es ineludible, por lo que la simple firma del formulario de afiliación es insuficiente para acreditar el consentimiento informado del afiliado. Este es el criterio postulado por la CSJ en su Sala Laboral, en la sentencia SL19447-2017:

el acto de afiliación o traslado de régimen pensional debe estar acompañado de la decisión libre y voluntaria del afiliado, la cual no se limita a la simple manifestación de quien decide trasladarse, sino que debe ajustarse a los parámetros de libertad informada, es decir, la solicitud y trámite de traslado de régimen pensional, debe estar precedida de una información clara, comprensible y suficiente, sobre las consecuencias favorables y desfavorables que su decisión acarrea» (CSJ SL7561-2021, CSJ SL5595-2021, CSJ3719-2021),

Ahora, el hecho de que la afiliada hubiese suscrito el formulario de vinculación de cada AFP o que en el mismo se empleen leyendas o afirmaciones tales como que *«la afiliación se hace libre y voluntaria»*, *«se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones»* u otras similares que suelen consignarse en los formatos preimpresos, no las libera de su obligación de cumplir de manera rigurosa y de buena fe su deber de información. A lo sumo, estas expresiones sirven para acreditar un consentimiento sin vicios, pero no uno debidamente

informado (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31314, SL, 22 nov. 2011, rad. 33083, SL4964-2018, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018, SL1421-2019 y SL2877-2020).

Desde su creación, las AFP, estaban compelidas a suministrar información objetiva, comparada y transparente sobre las características, **ventajas y desventajas** de cada uno de los regímenes pensionales, así como de las **consecuencias jurídicas del traslado**, como lo preceptúa el artículo 97, numeral 1º del Decreto 663 de 1993, en armonía con el artículo 13, literal b) de la Ley 100 de 1993 (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689-2019, SL3464-2019, SL4360-2019, SL2611-2020, SL4806-2020 y SL373-2021).

En sus deberes estaba informar de las diferentes modalidades pensionales, que el valor de la pensión de vejez en el RAIS depende del capital consignado en la cuenta de ahorro individual; que si no completa el capital suficiente para obtener por lo menos una pensión mínima -equivalente al 110% del SMLMV a la fecha de expedición de la Ley 100 de 93, actualizado con el IPC (Índice de Precios al Consumidor), debe seguir cotizando, si es o no beneficiario del régimen de transición pensional y, las ventajas que se derivan del mismo, así como efectuarle las proyecciones aritméticas y los comparativos necesarios hacia el futuro de ambas opciones, con el cálculo aproximado del monto pensional que le correspondería, y en fin, mostrarle al afiliado **con detalle**, las ventajas y desventajas de tomar la decisión de traslado de régimen pensional, para que la misma sea realmente libre y voluntaria.

Labor que debe trascender al «*deber del buen consejo*», como lo ha señalado la jurisprudencia laboral, en la medida que es responsabilidad de dichas administradoras y de sus promotores y/o asesores, velar por la información entregada a sus usuarios -Decreto 729 de 1994, artículo 10- por el cual se reglamentaron los artículos 105 y parcialmente el 287 de la Ley 100 de 1993.

Ahora, aunque Porvenir SA, insistió en su defensa que a la demandante le brindaron la asesoría requerida suficiente para el caso, así como Colpensiones, entes que insistieron en destacar que sí conocía ambos regímenes, la Sala no encuentra demostración que rebata la negación indefinida de la actora de que no la recibió. Observándose que la demandante en su interrogatorio manifestó: «*la recomendación era que nos pasáramos a un fondo privado a Porvenir porque fueron a hacer la asesoría, ...no recibí ningún tipo más de asesoría que me dijeran que uno era mejor que otro, no pregunté simplemente firmé y quedé en Porvenir ...a mí nunca me informaron yo nunca sabía que eso era así...*», es decir, que no le explicaron de manera concienzuda del régimen, y menos que hubiera confesado o

aceptado que conocía el régimen, por el contrario, solo permitió evidenciar un conocimiento vago o somero, mas no que conociera todas las características de ambos regímenes, las ventajas, desventajas y consecuencias que implicaba su traslado.

Bajo tales premisas, la Sala concluye que se incumplió uno de los presupuestos para la eficacia del acto de traslado de régimen pensional, como es, el deber de información, cuya ausencia, dada su incidencia en el derecho a la pensión de vejez, trae como consecuencia la declaración de ineficacia del traslado, y que las cosas vuelvan al estado anterior en el que se encontraban antes de aquella, como que la demandante nunca se trasladó al RAIS. Razón por la que en este punto se confirmará la decisión de primer grado.

2.5. CONSECUENCIAS DE LA DECLARATORIA DE INEFICACIA DEL TRASLADO.

Bajo esa tesitura, la declaración de ineficacia de traslado implica que las cosas vuelven al mismo estado en que se hallarían de no haber existido el cambio, esto es, se priva de todo efecto práctico al traslado *«bajo la ficción jurídica de que aquella nunca se trasladó al RAIS o, más bien, siempre estuvo afiliada al régimen de prima media con prestación definida»* (CSJ SL1689-2017).

La consecuencia jurídica es que **todos aquellos actos jurídicos que se celebraron con posterioridad a la suscripción de dicha afiliación pierden su fuerza vinculante**; por lo que es legítimo que Porvenir SA traslade a Colpensiones no solo las cotizaciones con los rendimientos financieros, como lo ordenó el *a quo* sino que también están compelidos a devolver, los porcentajes destinados a gastos de administración, primas de seguros previsionales y los aportes al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados, **sin que ninguna de las AFP pueda conservar ningún valor descontado de la cotización**, como lo ha determinado la jurisprudencia uniforme de nuestro órgano de cierre jurisdiccional desde la sentencia con Rad 31989 del 9 de sept/08, M.P. Eduardo López Villegas, reiterada en las SL 4989 y 4964 del 14 de nov/18, radicados 47.125 y 54.814, respectivamente, M.P. Gerardo Botero Zuluaga, SL 1688 del 8 mayo/19, SL 2877 del 29/07/2020, Rad. 78667, M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, SL 3034 Rad. 86961 del 07/07/2021; 3571 Rad. 88476 del 04/08/2021; 3708 Rad 88556 del 18/08/2021; 3709 Rad. 88875 y 3710 Rad. 88550 del 18/08/2021; 3769 Rad, 84296 del 11/08/2021, SL755 Rad 90519, SL756 Rad 90548 del 09/03/2022 y SL1019 Rad 87915 del 16/03/2022, M.P. Luis Benedicto Herrera Díaz; y SL843 Rad 85499 del 16/03/2022 M.P. Gerardo Botero Zuluaga.

Por tanto, se modificará la orden en cuanto la administrara del RAIS devolverá a Colpensiones los aportes de la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con sus

rendimientos, bonos pensionales, los **gastos de administración, seguros previsionales, y fondo de garantía de pensión mínima**, en consonancia con el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, del cual se desprende que los mismos están previstos tanto para el RPM como para el RAIS, y en los artículos 60 y 104 de la referida ley se establece su pago a cargo de los afiliados, por cuanto la consecuencia de la declaratoria de la Ineficacia del traslado de régimen pensional, es volver las cosas al estado en el que se encontraban antes .

En torno a la censura de la apoderada de Porvenir SA relativos a la improcedencia de la indexación de los conceptos a trasladar a Colpensiones, se advierte, que esta opera por ministerio de la ley para menoscabo del detrimento patrimonial del RPMPD, conforme a los parámetros establecidos por nuestro órgano de cierre, en sentencias SL 359-2021 y especialmente la SL 950 de 2022, así:

... 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 sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones. Criterio que resulta igualmente aplicable respecto del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.

Y corroborado en el auto AL5492 de 2022, el cual expresó lo siguiente:

Ahora bien, en cuanto a las alegaciones planteadas, respecto del equilibrio económico pretendido por las normas de seguridad social, en razón del sostenimiento financiero, resulta pertinente indicar que la declaratoria de ineficacia del traslado no menoscaba el principio de sostenibilidad financiera del sistema, toda vez que la consecuencia de dicha figura jurídica, radica en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban, es decir, como si el cambio pensional no hubiera ocurrido; por lo tanto, los recursos que deben reintegrar los fondos privados a Colpensiones son utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas (CSJ SL2877-2020 y CSJ SL10222022).

Por consiguiente, se modificará la orden a la AFP de devolver a Colpensiones los aportes de la demandante junto con sus rendimientos, para determinar que se a su vez deberá trasladar los gastos de administración, seguro previsional y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, en consonancia con los porcentajes de distribución estipulados en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, como se precisó en reciente jurisprudencia SL2048-2023, siendo estos tres conceptos los únicos sobre los cuales se dispuso la indexación.

Distinción que encuentra su asiento en que, por disposición legal, los aportes pensionales deben generar una rentabilidad mínima, con la cual compensar la pérdida del poder adquisitivo, siendo éste el argumento que sustenta la devolución de las cotizaciones con sus rendimientos causados; a diferencia de lo que ocurre con los restantes conceptos –

gastos de administración - sumas destinadas al seguro previsional - montos dirigidos al fondo de garantía de pensión mínima-, que para el momento en que opere su devolución al RPMPD ya han sido afectados por el fenómeno de la depreciación, por ello la necesidad de ordenar su indexación, a fin de traerlos a valor presente.

Sin embargo, conviene aclarar que la actualización de los aportes solo opera si la AFP respectiva no pone a disposición de Colpensiones los conceptos ordenados en el plazo otorgado.

Amén de que ha sido reiterado el precedente que obliga a las AFP a cumplir la orden de devolución de aportes al RPM con cargo a sus propias utilidades o patrimonio, como en la sentencia SL3464 de 2019 donde se conceptuó:

Por esto mismo, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019).

Así mismo, se adicionará el numeral tercero, para ordenar que todas las obligaciones de traslado impuestas a Porvenir SA, deberán hacerse con el suministro de la información prevista en el artículo 2.2.2.4.8 del Decreto 1833 de 2016 -por medio del cual se compilan las normas del Sistema General de Pensiones-, dentro de los 30 días siguientes a la sentencia emitida.

2.6. PRESCRIPCIÓN

La excepción de prescripción no está llamada a prosperar por cuanto la acción que involucra el tema de traslado de régimen pensional guarda relación inescindible con la causación, requisitos y valor de la pensión, ante ello se debe predicar la imprescriptibilidad de la presente acción, ver al respecto Sentencia SL-1421 de 2019, Radicado No. 56174 de 10 de abril de 2019.

En efecto, de manera reiterada y pacífica, la SCL de la Corte ha defendido la tesis de que las acciones judiciales encaminadas a que se compruebe la manera en que ocurrió un hecho o se reconozca un estado jurídico, son imprescriptibles. Lo anterior, bajo la premisa de que ni los hechos ni los estados jurídicos prescriben, a diferencia de lo que ocurre con los derechos de crédito y obligaciones que de ello surjan.

2.8 COSTAS DEL PROCESO

Finalmente, en relación a las costas impuestas a **Colpensiones** debemos tener en cuenta que la condena que se emite en su contra no es por su actuar negligente u omisivo, sino que es la consecuencia de la ineficacia de una afiliación por la desidia que tuvo un tercero con la demandante; así que las condenas que asume hoy esta administradora surgen de la declaratoria de ineficacia, por lo que no hay lugar a condenar a esta codemandada a las costas de primera instancia, y en tal sentido se revocará parcialmente el numeral sexto de la sentencia objeto de alzada

Conforme con las razones fácticas, probatorias y de derecho expuestas en precedencia, la sentencia revisada en apelación y consulta se revocará parcialmente, modificará y confirmará.

Costas de segunda instancia a cargo de Porvenir SA a favor de la demandante, por haber sido vencida en la alzada. En esta instancia no se impondrán costas a Colpensiones, por haber prosperado parcialmente el recurso. Las agencias en derecho se fijan en \$1.300.000 a cargo de Porvenir SA y en favor de la demandante.

En mérito de lo expuesto, la **SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ DC**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

IV. DECIDE:

PRIMERO: REVOCAR parcialmente el numeral sexto de la sentencia proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá DC, el 28 de marzo de 2023 dentro del proceso promovido por **Gloria Nohora Céspedes Duque** contra la AFP Porvenir SA y Colpensiones; para absolver a Colpensiones de la condena en costas impuestas en primera instancia; de conformidad con las razones expuestas en la parte considerativa.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral tercero en el sentido de condenar a Porvenir SA a devolver a Colpensiones los aportes de la señora Gloria Nohora Céspedes Duque, junto con sus rendimientos, bonos pensionales, los gastos de administración, seguro previsional y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, en consonancia con los porcentajes de distribución estipulados en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, como se precisó en reciente

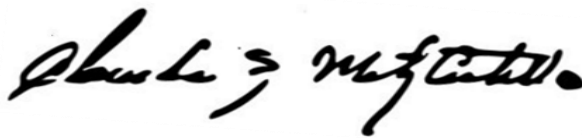
jurisprudencia SL2048-2023, siendo estos tres conceptos los únicos sobre los cuales se dispuso la indexación; que deberán hacerse con el suministro de la información prevista en el artículo 2.2.2.4.8 del Decreto 1833 de 2016 -por medio del cual se compilan las normas del Sistema General de Pensiones-, dentro de los 30 días siguientes a la sentencia emitida.

TERCERO: Confirmar la sentencia en lo demás.

CUARTO: a cargo de Porvenir SA a favor de la demandante, por haber sido vencida en la alzada. En esta instancia no se impondrán costas a Colpensiones, por haber prosperado parcialmente el recurso. Las agencias en derecho se fijan en \$1.300.000 a cargo de Skandia y en favor de la demandante.

Notifíquese lo resuelto por **edicto, publíquese y cúmplase**,

Los magistrados,



CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO

Magistrada Ponente



LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ

Magistrada



RAFAEL ALBEIRO CHAVARRO POVEDA

Magistrado



DEMANDANTE:	Martha Elizabeth Melo Navarrete
DEMANDADA:	Colpensiones
TIPO DE PROCESO	Ordinario Laboral
DECISIÓN:	Confirma
RADICADO Y LINK:	11001310501720200044901 11001310501720200044902

Bogotá DC, a los veintidós (22) de marzo de dos mil veinticuatro (2024).

En la fecha la **SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL** del **TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ DC**, conformada por los Magistrados **Luz Marina Ibáñez Hernández**, **Rafael Albeiro Chavarro Poveda**, y **Claudia Angélica Martínez Castillo**, quien actúa como ponente, se reunió para resolver el recurso de apelación interpuesto por Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá DC en el proceso ordinario seguido por la señora **Martha Elizabeth Melo Navarrete** y el grado jurisdiccional de consulta que se surte en favor de la demandada.

Una vez agotado el procedimiento previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la Sala profiere, por escrito, la siguiente:

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

I. ANTECEDENTES

1.1PRETENSIONES

La mencionada demandante reclama de Colpensiones la actualización de su historia laboral con el fin de que le incluya 261,21 semanas no registradas trabajadas entre el 3 de julio de 2000 y el 31 de octubre de 2003, y desde el 1º de enero de 2004 hasta el 31 de agosto de 2005; en consecuencia, le reconozca la pensión de vejez con el retroactivo respectivo y la sanción por mora (pág. 5, pdf. 02, C01).

1.2 HECHOS

En sustento de sus pretensiones afirmó que tiene 1.044 semanas cotizadas en Colpensiones donde viene realizando aportes desde el 7 de octubre de 1976, relató que trabaja en la empresa Ingeniería Strycon SAS con NIT 830.064.657-4 desde el 3 de julio de 2000, pero su empleador en octubre de 2015 pagó extemporáneamente los ciclos del 3 de julio de 2000 a octubre de 2003, y enero de 2004 al 31 de agosto de 2005, por lo tanto, el 10 de diciembre de 2015 le pidió a la hoy demandada la corrección de su historia laboral, en su respuesta, la entidad le exigió que allegara *«copia de la liquidación de la reserva actuarial con pago expedido por el ISS y en caso de no ser posible, que solicitar la devolución de los aportes y posteriormente el cálculo actuarial»*.

En atención al requerimiento efectuado por Colpensiones, el 1 de diciembre de 2016, la empresa pidió el cálculo actuarial de los ciclos en controversia, sin obtener respuesta oportuna de Colpensiones. Solo, el 12 de mayo de 2020, emitió el comprobante por valor de \$130.472.361 que incluía los aportes ya pagados del 3 de julio de 2000 a octubre de 2003, y de enero de 2004 a agosto de 2005. Ante esto, luego de elevar consulta al Defensor del Consumidor Financiero, la empleadora reiteró a Colpensiones el cálculo actuarial, a lo que el 30 de septiembre de 2020, le informaron: *«se evidencian pagos por uno o varios de los ciclos solicitados, por tal razón no es procedente dar trámite»*.

Según aseveró, la conducta de Colpensiones al abstenerse de corregir tales inconsistencias le ha impedido obtener el reconocimiento y pago de la pensión de vejez; toda vez que, de incluirse esos ciclos no reportados, el total de semanas cotizadas aumentaría de 1.044 a 1.305, acreditando con ellas los requisitos de tiempo y edad para obtener el reconocimiento de la prestación reclamada (pág. 1-3, idem).

1.3 CONTESTACIÓN

Colpensiones al contestar la demanda se opuso a las pretensiones. En cuanto a los hechos, negó lo referente a la existencia de inconsistencias en la historia laboral de la demandante, sobre los demás, dijo no constarles. Y de fondo propuso las que denominó inexistencia del derecho y cobro de lo no debido, inexistencia intereses moratorios y/o indexación, pago de lo no debido, prescripción y caducidad parcial y/o total sobre mesadas pensionales y otros, la innominada o genérica, y la de buena fe (pág. 3-12, pdf. 13, idem).

Formuló la excepción previa *«no comprender la demanda todos los litis consortes necesarios a fin de que se integrara al empleador Ingeniería Strycon SAS»*, la que el despacho declaró no probada en audiencia celebrada el 19 de diciembre de 2022.

II SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá DC, en decisión del 27 de octubre de 2022, declaró no probadas las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y prescripción, propuestas por Colpensiones; con fundamento en el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, reconoció la pensión de vejez en cuantía inicial de \$11.383.263, calculada sobre un IBL de \$17.512.713 al que aplicó una tasa de remplazo del 65%. Reconoció \$397.746.566 como retroactivo por las mesadas causadas entre el 1º de marzo de 2020 y el 31 de octubre de 2022, autorizó el descuento de los aportes por salud, dispuso que la mesada pensional a partir de noviembre de 2022 ascendería a la suma de \$12.216.573, más los reajustes legales, con derecho a 13 mesadas anuales; y condenó a los intereses moratorios a partir del 10 de marzo de 2021.

Analizó el problema jurídico de la procedencia de la corrección de la historia laboral de la demandante en razón a los períodos en mora que se atribuyen a su empleadora; y si había lugar al reconocimiento y pago de la pensión de vejez que se pretende en el marco de la norma que se invoca y si hay lugar a imponer la condena por intereses de mora.

Definió que, de acuerdo con su fecha de nacimiento y cumplimiento de los 57 años, y la densidad de semanas cotizadas al 22 de julio de 2005, el régimen pensional aplicable a la actora es el de la Ley 797 de 2003.

En cuanto a la controversia planteada con respecto a las semanas que laboró para la empleadora Ingeniería Strycon SAS y que no fueron pagadas oportunamente, consideró que la demandante, con las planillas de pago de cotizaciones a pensión por los períodos del 3 de julio de 2000 a octubre de 2003 y de enero de 2004 al 31 de agosto de 2005, logró acreditar la relación laboral durante esos ciclos que no registran cotizaciones en Colpensiones, lo que valoró junto con la declaración extra proceso del representante legal de Ingeniería Strycon SAS, en la que informa de la existencia del contrato de trabajo verbal con la demandante entre el 3 de julio de 2000 a octubre de 2003 y del primero de enero de 2004 al 31 de agosto de 2005.

Advirtió que la historia laboral de la demandante actualizada al 18 de noviembre de 2021 refleja que se afilió al ISS hoy Colpensiones el 7 de octubre de 1976 donde permaneció

hasta el 29 de febrero de 2020, alcanzando 1.044.43 semanas a las que sumó las 256.93 no tomadas en cuenta por Colpensiones, y respecto a las que la administradora no adelantó las acciones de cobro coactivo y desatendió las solicitudes de elaboración del cálculo actuarial, por lo que concluyó que la actora reúne un total de **1.300.93** semanas, densidad de que le permite acceder al reconocimiento de la prestación de vejez.

Para determinar el monto de la mesada, liquidó el IBL con base en el promedio de los últimos 10 años y obtuvo \$17.512.713, que al aplicarle la tasa de reemplazo del 65%, arroja un valor inicial de \$11.383.263, a partir del 1 marzo de 2020, con derecho a 13 mesadas anuales. El retroactivo liquidado hasta el 31 de diciembre de 2020 le dio la suma de \$125.215.896; en el 2021 reajustó el 1.61% de la mesada en \$11.566.534, y le arrojó un retroactivo \$150.364.940; en 2022 la mesada con el incremento del 5.62 % le quedó en \$12.216.573, y hasta el 31 de octubre de 2022, le arrojó \$122.1665.730, con lo que el total del retroactivo ascendió a \$397.746.566, y ordenó el descuento de los aportes a seguridad social en salud.

Accedió al reconocimiento de los intereses de mora del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, sobre cada una de las mesadas pensionales hasta que se produzca el pago debido a que éstos se generan por el simple incumplimiento en el reconocimiento oportuno de la pensión de vejez, y Colpensiones incurrió en mora desde el 10 de marzo de 2021, cuando negó el reconocimiento de la prestación, aun cuando la demandante tenía acreditados los requisitos para otorgarle la pensión.

Y determinó que no se configuró la excepción de prescripción, porque la reclamación se presentó el 10 de noviembre de 2020, y con ella la interrumpió, y la demanda la presentó el 15 de diciembre del mismo año con lo que ninguna de las mesadas se extinguió.

III. RAZONES DEL RECURSO

Colpensiones atacó la decisión, alegó que no estaba obligada a adelantar las acciones de cobro coactivo y solicitud del cálculo actuarial, y que es el empleador de acuerdo con el artículo 57 del Decreto 1548 de 1995, así como el artículo 17 del Decreto 3398 de 2003, es quien debe afiliar al trabajador y realizar el pago y la solicitud del cálculo actuarial, y quien tampoco actuó de manera diligente a reiterar tal solicitud.

IV. ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Según constancia secretarial ninguna de las partes describió el traslado para alegar en segunda instancia.

IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA

4.1. COMPETENCIA.

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por ambas partes y el grado jurisdiccional de consulta de la sentencia en favor de Colpensiones de conformidad con lo señalado en los artículos 66A y 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

4.2. PROBLEMA JURÍDICO.

Esta Sala se ocupará de analizar, si en el caso sometido a estudio, se acreditaron los presupuestos de ley para reconocer la pensión de vejez a la actora, debiendo establecer si la juzgadora de primera instancia se equivocó o no al relevar a la demandante de las consecuencias de la mora de su empleadora Ingeniería Strycon SAS; y considerar que Colpensiones debió conceder validez a las cotizaciones efectuadas en los ciclos comprendidos entre el 3 de julio de 2000 al 31 de octubre de 2003, y del 1 de enero de 2004 al 31 de agosto de 2005; los cuales fueron pagados de forma extemporánea, y en consecuencia si le asiste el derecho a obtener la pensión de vejez.

4.3. HECHOS RELEVANTES PROBADOS

No son hechos discutidos (i) el nacimiento de la demandante ocurrido el **16 de septiembre de 1953** como se acredita con la fotocopia de la cédula (pág. 77, pdf. 03, C01), (ii) su vinculación al RPM a través del ISS desde el **7 de octubre de 1976** hasta el **29 de febrero de 2020**, las semanas 1.044,43 semanas reportadas en la historia laboral que son insuficientes para obtener el reconocimiento de la pensión de vejez; (iii) el vínculo laboral con sociedad Ingeniería Strycon SAS para el período comprendido entre el 3 de julio de 2000 al 31 de octubre de 2003, y del 1 de enero de 2004 al 31 de agosto de 2005 con anotación en el reporte de semanas cotizadas «*no registra la relación laboral en afiliación para este pago*»; (iv) la solicitud de corrección laboral, cálculo actuarial y devolución de aportes elevadas por la sociedad Ingeniería Strycon SAS (expediente administrativo).

4.4. EFECTOS DE LA MORA PATRONAL

El primer asunto por estudiar, atendiendo la censura de Colpensiones como recurrente, esto es, el de los efectos de la mora patronal respecto del trabajador, es oportuno destacar que desde la sentencia CSJ SL, 22 jul. 2008, rad. 34270, la Sala de Casación laboral ha sosteniendo de manera reiterada y pacífica que el afiliado que tenga la condición de trabajador subordinado causa la cotización con la prestación efectiva del servicio, y si el empleador no cumple la obligación de pago oportuno y, la administradora de pensiones no adelanta las acciones pertinentes para obtener el recaudo de los aportes en mora, es a ella a quien corresponde asumir la obligación de las pensiones que se generen para el asegurado o los beneficiarios, siendo necesario acreditar que en ese lapso existió un contrato de trabajo, o en otros términos, que aquel estaba obligado a efectuar dichas cotizaciones porque el trabajador prestó servicios en ese período (CSJ SL 34270, 22 jul. 2008, CSJ SL763-2014, CSJ SL14092- 2016, CSJ SL3707-2017, CSJ SL5166-2017, CSJ SL9034-2017, CSJ SL21800-2017, CSJ SL115-2018 y CSJ SL1624-2018).

Por su parte el artículo 24 de la Ley 100 de 1993 establece que corresponde a las entidades administradoras de los regímenes pensionales promover las acciones de cobro ante el incumplimiento de las obligaciones del empleador, y en armonía con lo preceptuado por el artículo 13 del Decreto 1161 de 1994, ello deberá realizarse de manera extrajudicial a más tardar dentro de los tres (3) meses siguientes *«a la fecha en la cual se entró en mora»*.

Asimismo, el artículo 8. ° ibidem, prevé que dichas entidades están en la obligación de verificar la correspondencia de los montos aportados con las exigencias legales e informar a los depositantes las inconsistencias que se adviertan con el fin de que efectúen las correcciones pertinentes, en concordancia con las disposiciones referentes al término para los requerimientos, la constitución en mora y la elaboración de la liquidación para iniciar los trámites del proceso ejecutivo.

Como se vio, de antaño la postura de la Sala de Casación Laboral de la CSJ ha expresado que la mora en el pago de los aportes no puede ser imputada al trabajador afiliado, sino al empleador y/o a la administradora del sistema, y en sentencia CSJ SL1355-2019 determinó pautas a tener en cuenta por el juez de conocimiento cuando se avizore mora patronal, así:

“Para dar respuesta al cargo, conviene recordar que esta Corporación, de manera reiterada y pacífica, ha considerado que el hecho generador de las cotizaciones al sistema pensional es la relación de trabajo. Así, la actividad efectiva, desarrollada en favor de un empleador, causa o genera el deber de aportar al sistema pensional a nombre del trabajador afiliado.

Así mismo, por ejemplo, en la sentencia CSJ SL 34270, 28 oct.2008, la Sala explicó que –en los términos del artículo 15 de la Ley 100 de 1993, la condición de cotizante está dada fundamentalmente por la vigencia de la relación laboral-, en la CSJ SL8082-2015, señaló que – los trabajadores subordinados causan la cotización con la prestación del servicio- y en la CSJ SL8082-2015, y en la sentencia CSJ SL759-2018 sostuvo que –la cotización al sistema de pensiones se origina con la actividad que como trabajador despliega el afiliado, de manera que los aportes son consecuencia inmediata de la prestación del servicio en cuyo pago y recaudo, tienen obligación empleadores y administradoras-

Es claro entonces que los derechos pensionales y las cotizaciones son un colorario del trabajo; se causan por el hecho de haber laborado y están dirigidos a garantizar al asalariado un ingreso económico periódico, tras largos años de servicio que han redundado en un desgaste físico natural. De allí que, precisamente, para que pueda hablarse de -mora patronal- es necesario que existan pruebas razonables o inferencias plausibles sobre la existencia de un vínculo laboral, si bien regido por un contrato de trabajo o por una relación legal y reglamentaria. Dicho de otro modo: la mora del empleador debe tener sustento en una relación de trabajo real.” (negritas y subrayas de la sala).

En ese mismo sentido, y en eso le asiste razón a Colpensiones, para convalidar aportes por inconsistencia o mora, es necesario demostrar la existencia del vínculo laboral como se dijo en la sentencia SL1506-2021:

“... En este sentido, importa recordar que esta Corporación ha adocinado, de manera pacífica y reiterada, que para convalidar los aportes en mora del empleador cuando la administradora de pensiones no activa los mecanismos de cobro para el recaudo de los aportes, se requiere la comprobación de la existencia de la relación laboral durante el período en que el trabajador dice haber prestado sus servicios, aspecto que pasó por alto el Tribunal con relación a los dos períodos validados con la empleadora Isabel Montaña de Santander, a pesar de que en uno de ellos en la historia laboral aparece la anotación ‘no registra la relación laboral en afiliación para este pago’ para los ciclos de 1995, y en el otro, no aparece demostrada la afiliación para el año 1994, lo que con mayor razón hace necesaria la verificación del vínculo laboral.

En el sentido indicado, en la sentencia CSJ SL 3692-2020, la Sala adocinó:

Sin embargo, lo dicho en precedencia debe interpretarse en armonía con lo dispuesto en el literal l) del artículo 13 de la Ley 100, así como con lo establecido por los artículos 15 y 17 de ese mismo cuerpo normativo, que respectivamente señalan:

ARTÍCULO 13. CARACTERÍSTICAS DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES

l. En ningún caso a partir de la vigencia de esta ley, podrán sustituirse semanas de cotización o abonarse semanas cotizadas o tiempo de servicios con el cumplimiento de otros requisitos distintos a cotizaciones efectivamente realizadas o tiempo de servicios efectivamente prestados antes del reconocimiento de la pensión. Tampoco podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados, de conformidad con lo previsto en la presente ley. Lo anterior sin perjuicio de lo dispuesto en pactos o convenciones colectivas de trabajo;

ARTÍCULO 15. AFILIADOS. <Artículo modificado por el artículo 3 de la Ley 797 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> Serán afiliados al Sistema General de Pensiones:

1. En forma obligatoria: <Ver Jurisprudencia Vigencia> Todas aquellas personas vinculadas mediante contrato de trabajo o como servidores públicos.

ARTÍCULO 17. OBLIGATORIEDAD DE LAS COTIZACIONES. <Artículo modificado por el artículo 4 de la Ley 797 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> Durante la vigencia de la relación laboral y del contrato de prestación de servicios, deberán efectuarse cotizaciones obligatorias a los regímenes del sistema general de pensiones por parte de los afiliados, los empleadores y contratistas con base en el salario o ingresos por prestación de servicios que aquellos devenguen.

Con sustento en las anteriores normas, es que la Sala ha sostenido que las cotizaciones de un asegurado al sistema se generan con ocasión de la prestación efectiva del servicio o en otras palabras la existencia de una relación laboral hace que surja para el empleador el deber de aportar al sistema pensional. Así, por ejemplo, en la sentencia CSJ SL514-2020, que reiteró lo dicho en la providencia CSJ SL, 28 oct. 2008, rad. 34270, ...”:

En el caso bajo estudio el juzgado atendió la regla jurisprudencial antes evocada, para establecer y tener acreditada la existencia de la relación laboral entre la demandante y la sociedad Ingeniería Strycon SAS. Ante ello, la Sala considera que no incurrió en ninguna equivocación, pues a diferencia de los reproches de Colpensiones, del haz probatorio recaudado se pudo establecer la existencia del vínculo para el período reclamado: 3 de julio de 2000 al 31 de octubre de 2003 y del 1 de enero de 2004 al 31 de agosto de 2005, y que, dicho sea de paso, que para cada ciclo los aportes aparecen pagados el 6 de octubre de 2015 y recibidos por Colpensiones.

Sin que le asista razón a la recurrente en su censura, por cuanto no guardan correlato con la valoración de los siguientes documentos obrantes en el expediente administrativo:

- ❖ Historia laboral actualizada al 18 de noviembre de 2021, donde registra como empleadores entre otros Ingeniería Strycon SAS con identificación 830064657, con los siguientes ciclos con la observación «No registra la relación laboral en afiliación para este pago» como a continuación:

[34] Identificación Aportante	[35] Nombre o Razón Social	[36] J R A	[37] Período	[38] Fecha De Pago	[39] Referencia de Pago	[40] IBC Reportado	[41] Cotización Pagada	[42] Cotización Mora Sin Intereses	[43] Nov	[44] Días Rep .	[45] Días Cot.	[46] Observación
830064657	INGENIERIA STRYCON SAS	NO	200007	05/10/2015	89C20022732831	\$ 933.000	\$ 609.600	\$ 483.600	28	0		No registra la relación laboral en afiliación para este pago
830064657	INGENIERIA STRYCON SAS	NO	200008	05/10/2015	89C20022732832	\$ 1.000.000	\$ 650.900	\$ 515.900	30	0		No registra la relación laboral en afiliación para este pago
830064657	INGENIERIA STRYCON SAS	NO	200009	05/10/2015	89C20022732835	\$ 1.000.000	\$ 648.500	\$ 513.500	30	0		No registra la relación laboral en afiliación para este pago
830064657	INGENIERIA STRYCON SAS	NO	200010	05/10/2015	89C20022732822	\$ 1.000.000	\$ 646.300	\$ 511.300	30	0		No registra la relación laboral en afiliación para este pago
830064657	INGENIERIA STRYCON SAS	NO	200011	05/10/2015	89C20022732819	\$ 1.000.000	\$ 643.900	\$ 508.900	30	0		No registra la relación laboral en afiliación para este pago
830064657	INGENIERIA STRYCON SAS	NO	200012	05/10/2015	89C20022732818	\$ 1.000.000	\$ 641.500	\$ 506.500	30	0		No registra la relación laboral en afiliación para este pago
830064657	INGENIERIA STRYCON SAS	NO	200101	05/10/2015	89C20022732820	\$ 1.000.000	\$ 639.100	\$ 504.100	30	0		No registra la relación laboral en afiliación para este pago
830064657	INGENIERIA STRYCON SAS	NO	200102	05/10/2015	89C20022732829	\$ 1.000.000	\$ 637.100	\$ 502.100	30	0		No registra la relación laboral en afiliación para este pago
830064657	INGENIERIA STRYCON SAS	NO	200103	05/10/2015	89C20022732828	\$ 1.000.000	\$ 634.800	\$ 499.800	30	0		No registra la relación laboral en afiliación para este pago
830064657	INGENIERIA STRYCON SAS	NO	200104	05/10/2015	89C20022732825	\$ 1.000.000	\$ 632.400	\$ 497.400	30	0		No registra la relación laboral en afiliación para este pago
830064657	INGENIERIA STRYCON SAS	NO	200105	06/10/2015	89C20022794779	\$ 1.000.000	\$ 630.200	\$ 495.200	30	0		No registra la relación laboral en afiliación para este pago
830064657	INGENIERIA STRYCON SAS	NO	200106	05/10/2015	89C20022732824	\$ 1.000.000	\$ 627.800	\$ 492.800	30	0		No registra la relación laboral en afiliación para este pago
830064657	INGENIERIA STRYCON SAS	NO	200107	06/10/2015	89C20022794784	\$ 1.000.000	\$ 625.400	\$ 490.400	30	0		No registra la relación laboral en afiliación para este pago
830064657	INGENIERIA STRYCON SAS	NO	200108	06/10/2015	89C20022794781	\$ 1.000.000	\$ 623.100	\$ 488.100	30	0		No registra la relación laboral en afiliación para este pago
830064657	INGENIERIA STRYCON SAS	NO	200109	06/10/2015	89C20022805847	\$ 1.000.000	\$ 620.800	\$ 485.800	30	0		No registra la relación laboral en afiliación para este pago
830064657	INGENIERIA STRYCON SAS	NO	200110	06/10/2015	89C20022805850	\$ 1.000.000	\$ 618.600	\$ 483.600	30	0		No registra la relación laboral en afiliación para este pago
830064657	INGENIERIA STRYCON SAS	NO	200111	06/10/2015	89C20022817840	\$ 1.000.000	\$ 616.200	\$ 481.200	30	0		No registra la relación laboral en afiliación para este pago
830064657	INGENIERIA STRYCON SAS	NO	200112	06/10/2015	89C20022805843	\$ 1.000.000	\$ 613.800	\$ 478.800	30	0		No registra la relación laboral en afiliación para este pago

830064657	INGENIERIA STRYCON SAS	NO	200201	06/10/2015	89C20022805844	\$ 1.300.000	\$ 840.800	\$ 665.300	30	0	No registra la relación laboral en afiliación para este pago
830064657	INGENIERIA STRYCON SAS	NO	200202	06/10/2015	89C20022805845	\$ 1.300.000	\$ 837.800	\$ 662.300	30	0	No registra la relación laboral en afiliación para este pago
830064657	INGENIERIA STRYCON SAS	NO	200203	06/10/2015	89C20022805842	\$ 1.300.000	\$ 834.600	\$ 659.100	30	0	No registra la relación laboral en afiliación para este pago
830064657	INGENIERIA STRYCON SAS	NO	200204	06/10/2015	89C20022805857	\$ 1.300.000	\$ 831.300	\$ 655.800	30	0	No registra la relación laboral en afiliación para este pago

830064657	INGENIERIA STRYCON SAS	NO	200205	06/10/2015	89C20022805859	\$ 1.300.000	\$ 827.700	\$ 652.200	30	0	No registra la relación laboral en afiliación para este pago
830064657	INGENIERIA STRYCON SAS	NO	200206	06/10/2015	89C20022805854	\$ 1.300.000	\$ 824.800	\$ 649.300	30	0	No registra la relación laboral en afiliación para este pago
830064657	INGENIERIA STRYCON SAS	NO	200207	06/10/2015	89C20022805853	\$ 1.300.000	\$ 821.600	\$ 646.100	30	0	No registra la relación laboral en afiliación para este pago
830064657	INGENIERIA STRYCON SAS	NO	200208	06/10/2015	89C20022817834	\$ 1.300.000	\$ 818.300	\$ 642.800	30	0	No registra la relación laboral en afiliación para este pago
830064657	INGENIERIA STRYCON SAS	NO	200209	06/10/2015	89C20022817833	\$ 1.300.000	\$ 815.200	\$ 639.700	30	0	No registra la relación laboral en afiliación para este pago
830064657	INGENIERIA STRYCON SAS	NO	200210	06/10/2015	89C20022817836	\$ 1.300.000	\$ 811.300	\$ 635.800	30	0	No registra la relación laboral en afiliación para este pago
830064657	INGENIERIA STRYCON SAS	NO	200211	06/10/2015	89C20022817837	\$ 1.300.000	\$ 808.400	\$ 632.900	30	0	No registra la relación laboral en afiliación para este pago
830064657	INGENIERIA STRYCON SAS	NO	200212	06/10/2015	89C20022847447	\$ 1.300.000	\$ 805.100	\$ 629.600	30	0	No registra la relación laboral en afiliación para este pago
830064657	INGENIERIA STRYCON LTDA	NO	200301	04/03/2003	23026701019448	\$ 266.666	\$ 35.423	\$ 0	R	5 5	Pago aplicado al periodo declarado
830064657	INGENIERIA STRYCON SAS	NO	200301	06/10/2015	89C20022847451	\$ 1.600.000	\$ 986.900	\$ 770.900	30	0	No registra la relación laboral en afiliación para este pago
830064657	INGENIERIA STRYCON SAS	NO	200302	06/10/2015	89C20022817842	\$ 1.600.000	\$ 983.200	\$ 767.200	30	0	No registra la relación laboral en afiliación para este pago
830064657	INGENIERIA STRYCON SAS	NO	200303	06/10/2015	89C20022847443	\$ 1.600.000	\$ 979.300	\$ 763.300	30	0	No registra la relación laboral en afiliación para este pago
830064657	INGENIERIA STRYCON SAS	NO	200304	06/10/2015	89C20022817843	\$ 1.600.000	\$ 975.300	\$ 759.300	30	0	No registra la relación laboral en afiliación para este pago
830064657	INGENIERIA STRYCON SAS	NO	200305	02/10/2015	89C20022662974	\$ 1.600.000	\$ 970.300	\$ 754.300	30	0	No registra la relación laboral en afiliación para este pago
830064657	INGENIERIA STRYCON SAS	NO	200306	02/10/2015	89C20022662971	\$ 1.600.000	\$ 966.700	\$ 750.700	30	0	No registra la relación laboral en afiliación para este pago
830064657	INGENIERIA STRYCON SAS	NO	200307	02/10/2015	89C20022662966	\$ 1.600.000	\$ 962.200	\$ 746.200	30	0	No registra la relación laboral en afiliación para este pago
830064657	INGENIERIA STRYCON SAS	NO	200308	02/10/2015	89C20022662968	\$ 1.600.000	\$ 958.500	\$ 742.500	30	0	No registra la relación laboral en afiliación para este pago
830064657	INGENIERIA STRYCON SAS	NO	200309	02/10/2015	89C20022662969	\$ 1.600.000	\$ 954.700	\$ 738.700	30	0	No registra la relación laboral en afiliación para este pago
830064657	INGENIERIA STRYCON SAS	NO	200310	01/10/2015	89C20022605783	\$ 1.600.000	\$ 950.000	\$ 734.000	30	0	No registra la relación laboral en afiliación para este pago
830064657	INGENIERIA STRYCON SAS	NO	200401	01/10/2015	89C20022605784	\$ 1.837.000	\$ 1.152.930	\$ 886.530	30	0	No registra la relación laboral en afiliación para este pago
830064657	INGENIERIA STRYCON SAS	NO	200402	01/10/2015	89C20022605791	\$ 1.837.000	\$ 1.148.430	\$ 882.030	30	0	No registra la relación laboral en afiliación para este pago
830064657	INGENIERIA STRYCON SAS	NO	200403	01/10/2015	89C20022605785	\$ 1.837.000	\$ 1.142.830	\$ 876.430	30	0	No registra la relación laboral en afiliación para este pago
830064657	INGENIERIA STRYCON SAS	NO	200404	01/10/2015	89C20022605788	\$ 1.837.000	\$ 1.138.430	\$ 872.030	30	0	No registra la relación laboral en afiliación para este pago
830064657	INGENIERIA STRYCON SAS	NO	200405	01/10/2015	89C20022605803	\$ 1.837.000	\$ 1.133.630	\$ 867.230	30	0	No registra la relación laboral en afiliación para este pago
830064657	INGENIERIA STRYCON SAS	NO	200406	01/10/2015	89C20022605779	\$ 1.837.000	\$ 1.128.730	\$ 862.330	30	0	No registra la relación laboral en afiliación para este pago
830064657	INGENIERIA STRYCON SAS	NO	200407	01/10/2015	89C20022605796	\$ 1.837.000	\$ 1.123.630	\$ 857.230	30	0	No registra la relación laboral en afiliación para este pago
830064657	INGENIERIA STRYCON SAS	NO	200408	01/10/2015	89C20022605802	\$ 1.837.000	\$ 1.118.730	\$ 852.330	30	0	No registra la relación laboral en afiliación para este pago
830064657	INGENIERIA STRYCON SAS	NO	200409	01/10/2015	89C20022605792	\$ 1.837.000	\$ 1.114.030	\$ 847.630	30	0	No registra la relación laboral en afiliación para este pago
830064657	INGENIERIA STRYCON SAS	NO	200410	01/10/2015	89C20022605806	\$ 1.837.000	\$ 1.108.930	\$ 842.530	30	0	No registra la relación laboral en afiliación para este pago
830064657	INGENIERIA STRYCON SAS	NO	200411	01/10/2015	89C20022605809	\$ 1.837.000	\$ 1.104.130	\$ 837.730	30	0	No registra la relación laboral en afiliación para este pago
830064657	INGENIERIA STRYCON SAS	NO	200412	01/10/2015	89C20022605776	\$ 1.837.000	\$ 1.098.730	\$ 832.330	30	0	No registra la relación laboral en afiliación para este pago
830064657	INGENIERIA STRYCON SAS	NO	200501	02/10/2015	89C20022662963	\$ 2.000.000	\$ 1.230.400	\$ 930.400	30	0	No registra la relación laboral en afiliación para este pago
830064657	INGENIERIA STRYCON SAS	NO	200502	02/10/2015	89C20022662962	\$ 2.000.000	\$ 1.225.200	\$ 925.200	30	0	No registra la relación laboral en afiliación para este pago
830064657	INGENIERIA STRYCON SAS	NO	200503	02/10/2015	89C20022662958	\$ 2.000.000	\$ 1.219.600	\$ 919.600	30	0	No registra la relación laboral en afiliación para este pago
830064657	INGENIERIA STRYCON SAS	NO	200504	02/10/2015	89C20022662960	\$ 2.000.000	\$ 1.214.000	\$ 914.000	30	0	No registra la relación laboral en afiliación para este pago
830064657	INGENIERIA STRYCON SAS	NO	200505	02/10/2015	89C20022662951	\$ 2.000.000	\$ 1.208.500	\$ 908.500	30	0	No registra la relación laboral en afiliación para este pago
830064657	INGENIERIA STRYCON SAS	NO	200506	02/10/2015	89C20022662952	\$ 2.000.000	\$ 1.202.600	\$ 902.600	30	0	No registra la relación laboral en afiliación para este pago
830064657	INGENIERIA STRYCON SAS	NO	200507	02/10/2015	89C20022662955	\$ 2.000.000	\$ 1.197.500	\$ 897.500	30	0	No registra la relación laboral en afiliación para este pago
830064657	INGENIERIA STRYCON SAS	NO	200508	02/10/2015	89C20022662964	\$ 2.000.000	\$ 1.192.000	\$ 892.000	30	0	No registra la relación laboral en afiliación para este pago

❖ Así como las planillas de pago de los aportes por esa empleadora por el período del 3 de julio de 2000 al 31 de octubre de 2003 y del 1 de enero de 2004 al 31 de agosto de 2005, pagados extemporáneamente en las siguientes fechas: 1, 2, 5 y 6 de octubre de 2015 visibles en el expediente digital (pág. 5-64, pdf. 04, C01).

- ❖ Certificación laboral expedida por la empresa Ingeniería Strycon SAS, y firmada por el representante legal Samuel Striedinger donde consta que la señora Martha Elizabeth Melo Navarrete prestó sus servicios desde el 1 de julio de 2000 mediante un contrato a término indefinido, y que a la fecha de expedición del -30 de noviembre de 2015-, continuaba vinculada con dicha entidad.
- ❖ Certificado salarial expedido por la sociedad Ingeniería Strycon SAS donde consta los salarios devengados por la señora Martha Elizabeth Melo Navarrete desde el 3 de julio de 2000 al 31 de diciembre de 2001, y por los años siguientes 2002, 2003, 2004, 2005.

De tales probanzas, es posible advertir la existencia del vínculo laboral entre la sociedad Ingeniería Strycon SAS con la demandante Martha Elizabeth Melo Navarrete, que muy a pesar de que haya sido desconocida por la demandada desde sus inicios, se itera, recibió los aportes para esos ciclos y los registró en el reporte de semanas, pero puso en duda la existencia de la relación laboral para esos períodos, para de esta forma liberarse de la responsabilidad de asumir la prestación pensional.

No obstante, no hizo alusión a que hubiera adelantado las gestiones para aclarar la inexistencia de la relación laboral, ni mucho menos que con posterioridad a que efectuaran el pago procediera al cobro por los intereses de mora ante la extemporaneidad del pago, o efectuar la corrección de la información contenida en la historia laboral en cuanto a la existencia de la relación laboral cuando desde el año 2017 (expediente administrativo pdf. GEN-COM-SA-2016_14053468-20171025121717).

Los elementos de prueba antes relacionados, permiten llegar a la misma conclusión que la juez de primer grado, esto es, que existió mora en el pago de los aportes a pensión a favor de la demandante por la empleadora Ingeniería Strycon SAS, y aunque Colpensiones alegue en su favor la falta de afiliación para esa época, no lo es menos que se acreditó la prestación del servicio y el pago de los aportes, que a pesar de que se hicieron de manera extemporánea, sí fueron recibidos por Colpensiones.

Ante ello, es oportuno recordar que la información contenida en los resúmenes de semanas cotizadas que expidan los fondos es vinculante para dichas entidades en atención al principio de buena fe que irradia a sus actuaciones, y quienes por la importancia de la información que manejan deben cumplir con el deber de verificación, como se ha reiterado jurisprudencialmente como en reciente sentencia SL1116-2022 que es del siguiente sentido:

i) Deber de verificación de la historia laboral

Reitera la Sala lo ya dicho en sentencia SL4167-2021, respecto de que las entidades administradoras deben tener sumo cuidado con los reportes de cotizaciones que emiten, pues ello se plasma en actos administrativos que por disposición normativa se presumen legales - artículo 88 de la Ley 1437 de 2011-.

Es en esa dirección ha considerado que «por regla general la información que se consigne en los pronunciamientos de resúmenes de semanas cotizadas vincula a dichas entidades en atención al principio de buena fe que debe irradiar a sus actuaciones y el respeto de las expectativas legítimas que ello puede generar en los afiliados Radicación n.º 89546 SCLAJPT-10 V.00 11 (CC T-202-2012)» (CSJ SL5172-2020).

Asimismo, que el resumen de semanas que expida Colpensiones se presume en principio cierto, veraz y vinculante para la entidad, por lo que no es posible que posteriormente y sin explicaciones razonables expida una historia laboral con información diversa, pues ello transgrede la confianza legítima que los afiliados depositan al elegirla como administradora de sus aportes pensionales (CSJ SL5170-2019).

Conforme con lo anterior, la Sala reitera que las entidades administradoras de pensiones tienen la obligación de custodiar las historias laborales de los afiliados y deben tener especial cuidado en la información que certifican al emitir estos documentos por intermedio de sus plataformas digitales o físicas. Y con mayor razón deben procurarlo al expedir los actos administrativos que, como se explicó, por regla general se presumen legales, de modo que la justificación que expongan para modificar lo certificado a través de otras actuaciones administrativas debe ser razonable y válida.” (Subrayas y negrillas fuera del texto).

Ahora, la recurrente reprocha la aplicación del precedente jurisprudencial que tiene adoctrinado que en ante la mora en el pago de aportes, cuando se trate de un trabajador dependiente se debe acreditar el vínculo laboral por el período que esté en discusión, no es menos cierto que en el caso de marras, los elementos probatorios antecitados, no permiten inferir que se trate de una desafiliación; porque en ningún momento en la historia laboral de la actora se registró un retiro del sistema.

Por el contrario, tales probanzas demuestran la mora en el pago de aporte con vigencia de la afiliación de la demandante, donde además se puede inferir que sí conocía el hecho generador de la cotización; y en armonía con el precedente jurisprudencial antecitado, no puede el trabajador como la parte más débil sobrellevar las cargas de la omisión de su empleador.

Conforme a las reflexiones expuestas, la Sala colige que debe dar aplicación a la teoría del allanamiento a la mora por parte de Colpensiones, a fin de convalidar los aportes en mora del empleador Ingeniería Strycon SAS, por los ciclos que van desde el 3 de julio de 2000 al 31 de octubre de 2003, y del 1 de enero de 2004 al 31 de agosto de 2005.

Por ello, al no prosperar el ataque a la convalidación de las semanas pagadas de forma extemporánea de la demandante, existe mérito probatorio para la imputación de pagos por mora patronal aplicada a la historia laboral de la demandante, cuando está acreditada la relación laboral, y la situación de mora en el pago de aportes, al estar registrada la cotización pagada por cada uno de los ciclos antes referenciados, y con la anotación de cotización mora sin intereses; lo que da lugar a que se le incluyan esas 256.93 semanas, en el reporte de semanas cotizadas y consolidadas por la demandante.

En virtud de lo resuelto en la sentencia SL 138-2024, habría lugar a efectuar el recálculo de la totalidad de semanas cotizadas, atendiendo a la contabilización de los días de cada mes cotizados (28, 29, 30 y 31), y no en razón de 30 día para cada mes indistintamente, pero como la parte demandante no apeló la decisión de primera instancia, se mantendrá el cálculo de los días cotizados como lo efectuó el *a quo*.

4.5. DERECHO A LA PENSIÓN DE VEJEZ LEY 797 DE 2003

En el presente caso no hay controversia respecto a que la demandante causó su derecho a la pensión de vejez en virtud del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003, como quedó evidenciado en el expediente, que llegó a la edad de 57 años el 16 de septiembre de 2010, y cotizó al sistema general de seguridad social en pensiones hasta el día 29 de febrero de 2020, y con la inclusión de las semanas reconocidas en la sentencia revisada en apelación, para un total de 256.93, acreditó el requisito mínimo de cotizaciones al alcanzar un total de 1.301.36.

Una vez efectuados los cálculos aritméticos para determinar el monto de la mesada pensional que le corresponde a la demandante, se efectuaron los cálculos aritméticos, que arrojaron una mesada pensional superior a la reconocida en primera instancia, pero como se insiste la apelación solo fue impetrada por Colpensiones, se mantendrá el valor reconocido en primera instancia y la fecha de su causación, 1 de marzo de 2020; debiéndose confirmar en ese sentido la decisión.

En consecuencia, se modificará el numeral tercero para actualizar el retroactivo pensional reconocido en primera instancia, hasta el mes anterior de la fecha de esta providencia - 29 de febrero de 2024- que arrojó el siguiente resultado:

Año	IPC	# mesadas	Valor pensión	Total Retroactivo
2020	1,61%	11	\$ 11.383.263	\$ 125.215.893
2021	5,62%	13	\$ 11.566.534	\$ 150.364.936
2022	13,12%	13	\$ 12.216.573	\$ 158.815.445
2023	9,28%	13	\$ 13.819.387	\$ 179.652.032
2024		2	\$ 15.101.826	\$ 30.203.652
TOTAL				\$ 644.251.958

En consecuencia, Colpensiones deberá pagar por concepto de retroactivo la suma de \$644.251.958, con los respectivos descuentos para las cotizaciones en salud, como lo dispone el inciso 3º del artículo 42 del Decreto 692 de 1994 como se ordenó en primera

instancia; y que debe continuar pagando la mesada pensional a la actora a partir del 1 de marzo de 2024 en la suma de \$15.101.826, más la mesada adicional de diciembre, con los reajustes legales anuales.

4.7. PRESCRIPCIÓN.

La excepción de prescripción no está llamada a prosperar por cuanto la demanda de la referencia se impetró con el propósito de obtener el reconocimiento del derecho a la pensión de vejez, de la cual se predica la imprescriptibilidad, ver al respecto sentencia SL1421 de 2019. En efecto, de manera reiterada y pacífica, la SCL de la Corte ha defendido la tesis de que las acciones judiciales encaminadas a que se compruebe la manera en que ocurrió un hecho o se reconozca un estado jurídico, son imprescriptibles. Lo anterior, bajo la premisa de que ni los hechos ni los estados jurídicos prescriben, a diferencia de lo que ocurre con los derechos de crédito y obligaciones que de ello surjan.

Empero y en cuanto al derecho al retroactivo de las mesadas pensionales, no operó el fenómeno prescriptivo debido a que la última reclamación administrativa se presentó el - 10 de noviembre de 2020- solicitando la corrección de su historia laboral, y la demanda se radicó el 15 de diciembre de 2020, por lo que se interrumpió en debida forma el término prescriptivo trienal, al tenor de lo regulado en el artículo 488 del CST y 451 del CPTSS.

Así las cosas, la sentencia apelada y consultada se modificará y confirmará.

Costas de segunda instancia a la parte demandada Colpensiones, por haber sido vencida en segunda instancia, las agencias en derecho se fijan en la suma de \$1.300.000 a cargo de Colpensiones y a favor de la demandante.

En mérito de lo expuesto, la **SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ DC**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

V. DECIDE:

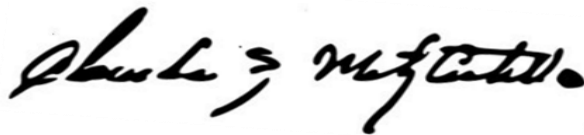
PRIMERO: MODIFICAR el numeral tercero de la sentencia proferida por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá DC, el 27 de octubre de 2022, dentro del proceso ordinario laboral promovido por la señora Martha Elizabeth Melo Navarrete en contra de Colpensiones, para actualizar el retroactivo pensional reconocido a la demandante a partir del **1 de marzo de 2020** y hasta la inclusión en nómina que liquidado hasta el mes anterior de esta providencia **-29 de febrero de 2024-** asciende a la suma de **\$644.251.958**.

SEGUNDO: Confirmar la sentencia en los demás.

CUARTO: Costas a la parte demandada Colpensiones, por haber sido vencida en segunda instancia, las agencias en derecho se fijan en la suma de \$1.300.000 a cargo de Colpensiones y a favor de la demandante.

Notifíquese lo resuelto por **edicto, publíquese y cúmplase,**

Los Magistrados,



CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO

Magistrada Ponente



LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ

Magistrada



RAFAEL ALBEIRO CHAVARRO POVEDA

Magistrado



DEMANDANTE:	David Humberto Vargas Hernández
DEMANDADA:	Colpensiones
TIPO DE PROCESO	Ordinario Laboral
DECISIÓN:	Confirma
RADICADO Y LINK:	11001310502120210054701 11001310502120210054701

Bogotá DC, a los veintidós (22) días de marzo de dos mil veinticuatro (2024)

En la fecha, la **SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL** del **TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ DC**, conformada por los Magistrados Luz Marina Ibáñez Hernández, Rafael Albeiro Chavarro Poveda, y **Claudia Angélica Martínez Castillo, quien actúa como ponente**, se reunió para resolver el recurso de apelación interpuesto por Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta que se surte en su favor, contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá DC en el proceso ordinario seguido por el señor **David Humberto Vargas Hernández** en contra de **Colpensiones**.

Una vez agotado el procedimiento previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la Sala profiere, por escrito, la siguiente:

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

I. ANTECEDENTES

1.1PRETENSIONES

El señor David Humberto Vargas Hernández impetró demanda contra Colpensiones buscando el reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez; indexación; intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993; costas y agencias en derecho; extra y ultra petita (pág. 6, pdf. 01, C01).

1.2HECHOS

En sustento de sus pretensiones dijo que nació el 27 de octubre de 1959 y actualmente percibe pensión reconocida por la Secretaría de Educación del Distrito de Bogotá Dirección Talento Humano mediante Resolución 7957 del 27 de noviembre de 2014, por los servicios que prestó como docente oficial.

Señaló que hizo aportes al sistema general de seguridad social en pensiones en el ISS hoy Colpensiones donde alcanzó 729 semanas cotizadas que no fueron tenidas en cuenta para financiar la pensión de jubilación reconocida por el Magisterio.

Por lo tanto, reclamó a Colpensiones el reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez; sin embargo, la entidad la resolvió desfavorablemente mediante Resolución SUB-267885 del 13 de octubre de 2021, con fundamento en que se encuentra percibiendo una pensión, que es incompatible con la prestación solicitada (pág. 6-7, ídem).

1.3 CONTESTACIÓN

Colpensiones al contestar la demanda aceptó los hechos que hablan de la edad del actor, de la pensión de jubilación que le fue reconocida como docente oficial, su afiliación al RPMPD como trabajador del sector privado, las cotizaciones que efectuó, cuya afiliación se encuentra en estado activo, el agotamiento de la reclamación administrativa, y la decisión desfavorable que emitieron; negando que los aportes a Colpensiones no se hubieran tenido en cuenta para la financiación de la pensión de jubilación.

Se opuso a las pretensiones de la demanda y, para derruirlas propuso como excepciones de fondo las de inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, presunción de legalidad de los actos administrativos, buena fe, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, no configuración del derecho al pago del IPC ni de indexación o reajuste alguno, carencia de causa para demandar, prescripción, compensación, no procedencia al pago de costas en instituciones administradora de seguridad social del orden público, y la innominada o genérica.

II SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

En sentencia del 20 de octubre de 2022 el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá DC, condenó a Colpensiones a reconocerle y pagarle al señor Humberto Vargas Hernández, la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez en cuantía de \$31.641.117, debidamente indexada a la fecha de pago; declaró no probadas las

excepciones propuestas por Colpensiones, negó las demás y condenó en costas a Colpensiones.

Consideró que no existe incompatibilidad entre la pensión de jubilación reconocida por el Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio al actor y la indemnización sustitutiva deprecada, y que el precedente jurisprudencial ha determinado la compatibilidad de ambas pensiones, como lo explicó la sentencia CSJ SL2649-2020, porque se trata de asignaciones diferentes por su origen y por su fuente de financiación de ahí que no se oponga al artículo 128 de la CN.

Estimó que esa regla aplica igualmente en este caso en que el actor reclama la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, ello se debe a la falta de acumulación de la densidad de semanas mínimas requeridas para el reconocimiento de la prestación de vejez; y estas cotizaciones no se tuvieron en cuenta por la Fiduprevisora en la Resolución 7957 del 27 de noviembre de 2014 que concedió la pensión de jubilación.

Negó el reconocimiento de los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, porque solo proceden frente al retardo en el pago de la prestación de vejez, y no la indemnización sustitutiva que reclama; pero ordenó la indexación de la suma liquidada. Y que no procede la prescripción del derecho a la indemnización sustitutiva por ser ésta una garantía de un ahorro forzoso.

III. RAZONES DEL RECURSO

Colpensiones insistió en la incompatibilidad de la pensión de jubilación otorgada al actor por la Secretaría de Educación de Bogotá con la indemnización sustitutiva, fundamentándose en el artículo 128 de la CN, el artículo 19 de la Ley 4ª de 1992, el artículo 6 del Decreto 1730 de 2001 en concordancia con el artículo 17 de la Ley 549 de 1999, y el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, y el artículo 48 del Decreto 758 de 1990 que exalta el principio de solidaridad del sistema pensional, y la sentencia C-674 del 28 de junio de 2011. Y solicitó que, de no acogerse sus argumentos, se revise la liquidación realizada por el juzgado para determinar el valor por el cual se reconoció la indemnización sustitutiva.

IV. ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Colpensiones a través de su apoderada reiteró los argumentos expuestos primera instancia para que se revoque la decisión.

Según constancia secretarial la parte demandante no recorrió el traslado para presentar alegatos.

V. CONSIDERACIONES DE LA SALA

5.1. COMPETENCIA.

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta de la sentencia en favor de ésta de conformidad con lo señalado en los artículos 66A y 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

5.2. PROBLEMA JURÍDICO.

Esta Sala se ocupará de analizar, si en el caso sometido a estudio, procede el reconocimiento de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez.

5.3. HECHOS RELEVANTES PROBADOS

No son hechos discutidos **(i)** la fecha de nacimiento del demandante el **27 de junio de 1959** como se desprende de la fotocopia de la cédula de ciudadanía, y que llegó a los 62 años de edad el 27 de junio de 2021 (pág. 21, pdf. 01, C01); **(ii)** el reconocimiento de la pensión de jubilación a cargo de Fiduprevisora a través de la Resolución 7957 del 27 de noviembre de 2014 por los servicios prestados como docente de vinculación distrital; **(iii)** su afiliación al RPM a través del ISS desde el **1 de marzo de 1981** hasta el **30 de junio de 2012**, para un total de 728.86 semanas cotizadas; **(iv)** el agotamiento de la reclamación administrativa solicitando el reconocimiento de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez el 30 de junio de 2021, resuelta de manera desfavorable según Resolución SUB 267885 del 13 de octubre de 2021, notificada personalmente el 13 de octubre de 2021; **(v)** que desde el 30 de junio de 2012 dejó de realizar aportes en el RPMPD.

5.4. COMPATIBILIDAD DE LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN DEL MAGISTERIO Y LA INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA DE LA PENSIÓN DE VEJEZ.

El propósito de la creación del Sistema Integral de Seguridad Social a través de la Ley 100 de 1993 consistió en propender por la unificación normativa, a fin de que todas las personas quedaran cobijadas por la seguridad social; sin embargo, subsistieron algunos

regímenes especiales dada la prestación del servicio, entre ellos el de los docentes, quienes forman parte de ese sector exceptuado conforme lo dispone el artículo 279 ídem, así como lo ha considerado la doctrina y la jurisprudencia.

Bajo esa tesitura a Según el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, el Sistema Integral de Seguridad Social, contenido en la Ley 100, no se aplica a *«los afiliados al fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración»*.

De tal presupuesto se infiere que los docentes que se encuentren amparados por dichas prerrogativas, por expreso mandato de la ley en mención, tienen establecidas en su favor disposiciones de compatibilidad con pensiones, salarios y cualquier otro ingreso que perciba del sistema general de seguridad social creado por la Ley 100 de 1993, así como las normas complementarias como el Decreto 692 de 1994, en su artículo 31, compilado en el Decreto Único Reglamentario 1833 de 2016, que consagra la posibilidad a los docentes de acumular cotizaciones, ya sea con el propósito de incrementar la prestación económica por vejez o disfrutar de ambas prestaciones.

En este mismo sentido la Sala de Casación Laboral de la CSJ, tiene adoctrinado que no se predica la incompatibilidad para disfrutar de manera simultánea las dos prestaciones, siempre que su fuente de financiación difiera de sus empleadores y su naturaleza jurídica, amén de que las pensiones especiales se financian con dineros del tesoro público, a diferencia de la pensión del RPMPD o del RAIS, por ejemplo, en la SL451-2013, y recientemente en la SL1698-2022, la misma Corporación al referirse a la compatibilidad de la pensión de vejez con la del RPM, de un educador que prestó sus servicios al sector público precisó:

Por tanto, es claro que los educadores oficiales vinculados a la entidad que maneja las pensiones de ese sector, antes del 27 de junio de 2003, que laboraran paralelamente para una persona jurídica o natural de carácter privado, podían afiliarse a una administradora de pensiones y cotizar a la misma, por lo que, en esas condiciones, están habilitados para acceder a las prestaciones propias del sistema, incluyendo la posibilidad de tramitar el bono pensional, según se puntualizó en las decisiones CSJ SL3775-2021 y CSJ SL1127-2022, porque los aportes al régimen y ese título de deuda pública, en cualquier caso, deben entenderse como un elemento de financiación, diferente del tiempo de servicio, con base en el cual se reconoce la pensión de jubilación oficial.

Ahora, aun cuando esas reflexiones, han sido proferidas, respecto de aportes de empleadores particulares, nada obsta para que las cotizaciones al régimen de prima media, realizadas por un patrono de naturaleza pública, cuya validez, exalta la Corte, no se discute, sean tenidas en cuenta para acceder a la prestación del sistema de seguridad social.

Tal conclusión, por cuanto, se reitera, al tenor de lo explicado profusamente por la jurisprudencia de la Sala, también en las sentencias CSJ SL, 27 oct. 1995, rad. 7792; CSJ SL, 19 oct. 2011, rad. 40612 y CSJ SL, 18 sep. 2012, rad. 41158:

[...] las pensiones que administra para su pago el Instituto de Seguros Sociales, ya sea el afiliado un trabajador particular o uno oficial que se someta al régimen solidario de prima media con prestación definida, no [...] se sufragan con dineros del tesoro [...].

En este orden de ideas, la pensión legal concedida por el ISS a uno de sus asegurados, como consecuencia de las cotizaciones o aportes que efectuó el Estado o los particulares, no tiene el carácter de pública»

En el caso bajo estudio, conviene señalar que el actor prestó sus servicios como docente en el sector oficial antes de la entrada en vigor de la Ley 812 de 2003, lo que significa que le aplican las disposiciones vigentes para el Magisterio Nacional, quien estuvo vinculado desde el 8 de febrero de 1993 (pág. 22 y 23, pdf. 01, idem).

De lo expuesto se colige que no le asiste razón a la recurrente al insistir en la incompatibilidad de la prestación reclamada por el actor entre la indemnización sustitutiva de pensión de vejez y la pensión de jubilación como docente oficial, porque el precedente consistente de la alta corporación ha sido prolífico al explicar que Colpensiones como administradora tiene a su cargo el reconocimiento de las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes, pero no es propiedad de los dineros con que se financia tales prestaciones, menos si se conoce que los aportes sobre los cuales se realizan las cotizaciones provienen de los empleadores y trabajadores en la proporción legal (CSJ SL1373-2019, SL4538-2018).

Entonces, al 30 de junio de 2021, cuando el actor agotó la reclamación administrativa de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, tenía la edad mínima de pensión -62 años- y 728.86 semanas cotizadas en el RPM, con empleadores del sector privado que, se itera, no hacen parte del Magisterio como se evidencia del reporte de semanas cotizadas expedido por Colpensiones (pág. 24-29, pdf. 08, idem), y como desde el mes de junio de 2012, no realizó más cotizaciones, manifestando su imposibilidad de seguir cotizando, esta situación al tenor de lo dispuesto en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, implica no tener la densidad mínima de semanas para aspirar a la pensión de vejez, y lo faculta para acceder al reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, siendo acertada la decisión de la a quo.

Ahora bien, en virtud del grado jurisdiccional de consulta que se conoce el proceso al no prosperar el recurso de apelación, se procede a verificar la liquidación de la indemnización sustitutiva, por lo que se procede a efectuar los respectivos cálculos aritméticos, de los cuales se obtuvo el siguiente resultado:

	AÑO MES	IBC	% PENSIÓN	DÍAS	% COTIZACIÓN PARA IVM	IBC INDEXADO	IPC	BASE PPC
1981	Marzo	\$ 5.790	\$ 269,24	31	4,5%	\$ 915.532	0,90	3.403.998,036
	Abril	\$ 5.790	\$ 260,55	30	4,5%	\$ 885.999	0,90	3.294.191,648
	Mayo	\$ 5.790	\$ 269,24	31	4,5%	\$ 915.532	0,90	3.403.998,036
	Junio	\$ 5.790	\$ 260,55	30	4,5%	\$ 885.999	0,90	3.294.191,648

	Julio	\$ 5.790	\$ 269,24	31	4,5%	\$ 915.532	0,90	3.403.998,036
	Agosto	\$ 5.790	\$ 269,24	31	4,5%	\$ 915.532	0,90	3.403.998,036
	Septiembre	\$ 5.790	\$ 260,55	30	4,5%	\$ 885.999	0,90	3.294.191,648
	Octubre	\$ 5.790	\$ 269,24	31	4,5%	\$ 915.532	0,90	3.403.998,036
	Noviembre	\$ 5.790	\$ 260,55	30	4,5%	\$ 885.999	0,90	3.294.191,648
1982	Febrero	\$ 7.470	\$ 33,62	3	4,5%	\$ 90.243	1,14	329.419,165
	Marzo	\$ 7.470	\$ 347,36	31	4,5%	\$ 932.509	1,14	3.403.998,036
	Abril	\$ 7.470	\$ 336,15	30	4,5%	\$ 902.428	1,14	3.294.191,648
	Mayo	\$ 7.470	\$ 347,36	31	4,5%	\$ 932.509	1,14	3.403.998,036
	Junio	\$ 7.470	\$ 336,15	30	4,5%	\$ 902.428	1,14	3.294.191,648
	Julio	\$ 7.470	\$ 347,36	31	4,5%	\$ 932.509	1,14	3.403.998,036
	Agosto	\$ 7.470	\$ 347,36	31	4,5%	\$ 932.509	1,14	3.403.998,036
	Septiembre	\$ 7.470	\$ 336,15	30	4,5%	\$ 902.428	1,14	3.294.191,648
	Octubre	\$ 7.470	\$ 347,36	31	4,5%	\$ 932.509	1,14	3.403.998,036
	Noviembre	\$ 7.470	\$ 336,15	30	4,5%	\$ 902.428	1,14	3.294.191,648
1983	Febrero	\$ 39.310	\$ 1.651,02	28	4,5%	\$ 3.583.585	1,41	3.074.578,871
	Marzo	\$ 39.310	\$ 1.827,92	31	4,5%	\$ 3.967.541	1,41	3.403.998,036
	Abril	\$ 39.310	\$ 1.768,95	30	4,5%	\$ 3.839.555	1,41	3.294.191,648
	Mayo	\$ 39.310	\$ 1.827,92	31	4,5%	\$ 3.967.541	1,41	3.403.998,036
	Junio	\$ 39.310	\$ 1.768,95	30	4,5%	\$ 3.839.555	1,41	3.294.191,648
	Julio	\$ 39.310	\$ 1.827,92	31	4,5%	\$ 3.967.541	1,41	3.403.998,036
	Agosto	\$ 39.310	\$ 1.827,92	31	4,5%	\$ 3.967.541	1,41	3.403.998,036
	Septiembre	\$ 39.310	\$ 1.768,95	30	4,5%	\$ 3.839.555	1,41	3.294.191,648
	Octubre	\$ 39.310	\$ 1.827,92	31	4,5%	\$ 3.967.541	1,41	3.403.998,036
	Noviembre	\$ 39.310	\$ 1.768,95	30	4,5%	\$ 3.839.555	1,41	3.294.191,648
	Diciembre	\$ 39.310	\$ 1.827,92	31	4,5%	\$ 3.967.541	1,41	3.403.998,036
1984	Enero	\$ 39.310	\$ 1.827,92	31	4,5%	\$ 3.390.444	1,65	3.403.998,036
	Febrero	\$ 39.310	\$ 1.651,02	28	4,5%	\$ 3.062.336	1,65	3.074.578,871
	Marzo	\$ 39.310	\$ 1.827,92	31	4,5%	\$ 3.390.444	1,65	3.403.998,036
	Abril	\$ 39.310	\$ 1.768,95	30	4,5%	\$ 3.281.075	1,65	3.294.191,648
	Mayo	\$ 39.310	\$ 1.827,92	31	4,5%	\$ 3.390.444	1,65	3.403.998,036
	Junio	\$ 39.310	\$ 1.768,95	30	4,5%	\$ 3.281.075	1,65	3.294.191,648
	Julio	\$ 39.310	\$ 1.827,92	31	4,5%	\$ 3.390.444	1,65	3.403.998,036
	Agosto	\$ 39.310	\$ 1.827,92	31	4,5%	\$ 3.390.444	1,65	3.403.998,036
	Septiembre	\$ 39.310	\$ 1.768,95	30	4,5%	\$ 3.281.075	1,65	3.294.191,648
	Octubre	\$ 39.310	\$ 1.827,92	31	4,5%	\$ 3.390.444	1,65	3.403.998,036

	Noviembre	\$ 39.310	\$ 1.768,95	30	4,5%	\$ 3.281.075	1,65	3.294.191,648
1985	Febrero	\$ 47.370	\$ 1.278,99	18	4,5%	\$ 2.007.322	1,95	1.976.514,989
	Marzo	\$ 47.370	\$ 2.202,71	31	4,5%	\$ 3.457.055	1,95	3.403.998,036
	Abril	\$ 47.370	\$ 2.131,65	30	4,5%	\$ 3.345.537	1,95	3.294.191,648
	Mayo	\$ 47.370	\$ 2.202,71	31	4,5%	\$ 3.457.055	1,95	3.403.998,036
	Junio	\$ 47.370	\$ 2.131,65	30	4,5%	\$ 3.345.537	1,95	3.294.191,648
	Julio	\$ 47.370	\$ 2.202,71	31	4,5%	\$ 3.457.055	1,95	3.403.998,036
	Agosto	\$ 47.370	\$ 2.202,71	31	4,5%	\$ 3.457.055	1,95	3.403.998,036
	Septiembre	\$ 47.370	\$ 2.131,65	30	4,5%	\$ 3.345.537	1,95	3.294.191,648
	Octubre	\$ 47.370	\$ 2.202,71	31	4,5%	\$ 3.457.055	1,95	3.403.998,036
	Noviembre	\$ 47.370	\$ 2.131,65	30	4,5%	\$ 3.345.537	1,95	3.294.191,648
	Diciembre	\$ 47.370	\$ 2.202,71	31	4,5%	\$ 3.457.055	1,95	3.403.998,036
1986	Enero	\$ 47.370	\$ 3.181,69	31	6,5%	\$ 2.832.461	2,38	4.916.886,052
	Febrero	\$ 47.370	\$ 2.873,78	28	6,5%	\$ 2.558.352	2,38	4.441.058,370
	Marzo	\$ 47.370	\$ 3.181,69	31	6,5%	\$ 2.832.461	2,38	4.916.886,052
	Abril	\$ 47.370	\$ 3.079,05	30	6,5%	\$ 2.741.091	2,38	4.758.276,825
	Mayo	\$ 47.370	\$ 3.181,69	31	6,5%	\$ 2.832.461	2,38	4.916.886,052
	Junio	\$ 47.370	\$ 3.079,05	30	6,5%	\$ 2.741.091	2,38	4.758.276,825
	Julio	\$ 47.370	\$ 3.181,69	31	6,5%	\$ 2.832.461	2,38	4.916.886,052
	Agosto	\$ 47.370	\$ 3.181,69	31	6,5%	\$ 2.832.461	2,38	4.916.886,052
	Septiembre	\$ 47.370	\$ 3.079,05	30	6,5%	\$ 2.741.091	2,38	4.758.276,825
	Octubre	\$ 47.370	\$ 3.181,69	31	6,5%	\$ 2.832.461	2,38	4.916.886,052
	Noviembre	\$ 47.370	\$ 2.976,42	29	6,5%	\$ 2.649.721	2,38	4.599.667,597
1987	Febrero	\$ 61.950	\$ 2.416,05	18	6,5%	\$ 1.777.449	2,88	2.854.966,095
	Marzo	\$ 61.950	\$ 4.160,98	31	6,5%	\$ 3.061.162	2,88	4.916.886,052
	Abril	\$ 61.950	\$ 4.026,75	30	6,5%	\$ 2.962.415	2,88	4.758.276,825
	Mayo	\$ 61.950	\$ 4.160,98	31	6,5%	\$ 3.061.162	2,88	4.916.886,052
	Junio	\$ 61.950	\$ 4.026,75	30	6,5%	\$ 2.962.415	2,88	4.758.276,825
	Julio	\$ 61.950	\$ 4.160,98	31	6,5%	\$ 3.061.162	2,88	4.916.886,052
	Agosto	\$ 61.950	\$ 4.160,98	31	6,5%	\$ 3.061.162	2,88	4.916.886,052
	Septiembre	\$ 61.950	\$ 4.026,75	30	6,5%	\$ 2.962.415	2,88	4.758.276,825
	Octubre	\$ 61.950	\$ 4.160,98	31	6,5%	\$ 3.061.162	2,88	4.916.886,052
	Noviembre	\$ 61.950	\$ 4.026,75	30	6,5%	\$ 2.962.415	2,88	4.758.276,825
1988	Febrero	\$ 89.070	\$ 3.473,73	18	6,5%	\$ 2.055.875	3,58	2.854.966,095
	Marzo	\$ 89.070	\$ 5.982,54	31	6,5%	\$ 3.540.673	3,58	4.916.886,052
	Abril	\$ 89.070	\$ 5.789,55	30	6,5%	\$ 3.426.458	3,58	4.758.276,825

	Mayo	\$ 89.070	\$ 5.982,54	31	6,5%	\$ 3.540.673	3,58	4.916.886,052
	Junio	\$ 89.070	\$ 5.789,55	30	6,5%	\$ 3.426.458	3,58	4.758.276,825
	Julio	\$ 89.070	\$ 5.982,54	31	6,5%	\$ 3.540.673	3,58	4.916.886,052
	Agosto	\$ 89.070	\$ 5.982,54	31	6,5%	\$ 3.540.673	3,58	4.916.886,052
	Septiembre	\$ 89.070	\$ 5.789,55	30	6,5%	\$ 3.426.458	3,58	4.758.276,825
	Octubre	\$ 89.070	\$ 5.982,54	31	6,5%	\$ 3.540.673	3,58	4.916.886,052
	Noviembre	\$ 89.070	\$ 4.824,63	25	6,5%	\$ 2.855.382	3,58	3.965.230,687
1989	Febrero	\$ 70.260	\$ 3.349,06	22	6,5%	\$ 1.549.320	4,58	3.489.403,005
	Marzo	\$ 70.260	\$ 4.719,13	31	6,5%	\$ 2.183.133	4,58	4.916.886,052
	Abril	\$ 70.260	\$ 4.566,90	30	6,5%	\$ 2.112.709	4,58	4.758.276,825
	Mayo	\$ 70.260	\$ 4.719,13	31	6,5%	\$ 2.183.133	4,58	4.916.886,052
	Junio	\$ 70.260	\$ 4.566,90	30	6,5%	\$ 2.112.709	4,58	4.758.276,825
	Julio	\$ 70.260	\$ 4.719,13	31	6,5%	\$ 2.183.133	4,58	4.916.886,052
	Agosto	\$ 70.260	\$ 4.719,13	31	6,5%	\$ 2.183.133	4,58	4.916.886,052
	Septiembre	\$ 70.260	\$ 4.566,90	30	6,5%	\$ 2.112.709	4,58	4.758.276,825
	Octubre	\$ 70.260	\$ 4.719,13	31	6,5%	\$ 2.183.133	4,58	4.916.886,052
	Noviembre	\$ 70.260	\$ 4.566,90	30	6,5%	\$ 2.112.709	4,58	4.758.276,825
1990	Febrero	\$ 89.070	\$ 3.859,70	20	6,5%	\$ 1.414.847	5,78	3.172.184,550
	Marzo	\$ 89.070	\$ 5.982,54	31	6,5%	\$ 2.193.012	5,78	4.916.886,052
	Abril	\$ 89.070	\$ 5.789,55	30	6,5%	\$ 2.122.270	5,78	4.758.276,825
	Mayo	\$ 89.070	\$ 5.982,54	31	6,5%	\$ 2.193.012	5,78	4.916.886,052
	Junio	\$ 89.070	\$ 5.789,55	30	6,5%	\$ 2.122.270	5,78	4.758.276,825
	Julio	\$ 89.070	\$ 5.982,54	31	6,5%	\$ 2.193.012	5,78	4.916.886,052
	Agosto	\$ 89.070	\$ 5.982,54	31	6,5%	\$ 2.193.012	5,78	4.916.886,052
	Septiembre	\$ 89.070	\$ 5.789,55	30	6,5%	\$ 2.122.270	5,78	4.758.276,825
	Octubre	\$ 89.070	\$ 5.982,54	31	6,5%	\$ 2.193.012	5,78	4.916.886,052
	Noviembre	\$ 89.070	\$ 5.789,55	30	6,5%	\$ 2.122.270	5,78	4.758.276,825
1991	Febrero	\$ 99.630	\$ 5.396,63	25	6,5%	\$ 1.494.667	7,65	3.965.230,687
	Marzo	\$ 99.630	\$ 6.691,82	31	6,5%	\$ 1.853.387	7,65	4.916.886,052
	Abril	\$ 99.630	\$ 6.475,95	30	6,5%	\$ 1.793.600	7,65	4.758.276,825
	Mayo	\$ 99.630	\$ 6.691,82	31	6,5%	\$ 1.853.387	7,65	4.916.886,052
	Junio	\$ 99.630	\$ 6.475,95	30	6,5%	\$ 1.793.600	7,65	4.758.276,825
	Julio	\$ 99.630	\$ 6.691,82	31	6,5%	\$ 1.853.387	7,65	4.916.886,052
	Agosto	\$ 99.630	\$ 6.691,82	31	6,5%	\$ 1.853.387	7,65	4.916.886,052
	Septiembre	\$ 99.630	\$ 6.475,95	30	6,5%	\$ 1.793.600	7,65	4.758.276,825
	Octubre	\$ 99.630	\$ 6.691,82	31	6,5%	\$ 1.853.387	7,65	4.916.886,052

	Noviembre	\$ 99.630	\$ 6.475,95	30	6,5%	\$ 1.793.600	7,65	4.758.276,825
1992	Febrero	\$ 136.290	\$ 6.791,79	23	6,5%	\$ 1.483.528	9,70	3.648.012,232
	Marzo	\$ 136.290	\$ 9.154,15	31	6,5%	\$ 1.999.538	9,70	4.916.886,052
	Abril	\$ 136.290	\$ 8.858,85	30	6,5%	\$ 1.935.037	9,70	4.758.276,825
	Mayo	\$ 136.290	\$ 9.154,15	31	6,5%	\$ 1.999.538	9,70	4.916.886,052
	Junio	\$ 136.290	\$ 8.858,85	30	6,5%	\$ 1.935.037	9,70	4.758.276,825
	Julio	\$ 136.290	\$ 9.154,15	31	6,5%	\$ 1.999.538	9,70	4.916.886,052
	Agosto	\$ 136.290	\$ 9.154,15	31	6,5%	\$ 1.999.538	9,70	4.916.886,052
	Septiembre	\$ 136.290	\$ 8.858,85	30	6,5%	\$ 1.935.037	9,70	4.758.276,825
	Octubre	\$ 136.290	\$ 9.154,15	31	6,5%	\$ 1.999.538	9,70	4.916.886,052
	Noviembre	\$ 136.290	\$ 8.858,85	30	6,5%	\$ 1.935.037	9,70	4.758.276,825
1995	Octubre	\$ 338.590	\$ 43.734,54	31	12,5%	\$ 2.640.272	18,25	9.455.550,100
	Noviembre	\$ 338.590	\$ 42.323,75	30	12,5%	\$ 2.555.102	18,25	9.150.532,355
	Diciembre	\$ 338.590	\$ 43.734,54	31	12,5%	\$ 2.640.272	18,25	9.455.550,100
1996	Enero	\$ 401.230	\$ 54.166,05	30	13,5%	\$ 2.534.743	21,80	9.882.574,944
	Febrero	\$ 401.230	\$ 50.554,98	28	13,5%	\$ 2.365.760	21,80	9.223.736,614
	Marzo	\$ 401.240	\$ 55.972,98	31	13,5%	\$ 2.619.300	21,80	10.211.994,108
	Abril	\$ 401.230	\$ 54.166,05	30	13,5%	\$ 2.534.743	21,80	9.882.574,944
	Mayo	\$ 401.230	\$ 55.971,59	31	13,5%	\$ 2.619.234	21,80	10.211.994,108
	Junio	\$ 401.230	\$ 54.166,05	30	13,5%	\$ 2.534.743	21,80	9.882.574,944
	Julio	\$ 401.230	\$ 55.971,59	31	13,5%	\$ 2.619.234	21,80	10.211.994,108
	Agosto	\$ 401.230	\$ 55.971,59	31	13,5%	\$ 2.619.234	21,80	10.211.994,108
	Septiembre	\$ 401.230	\$ 54.166,05	30	13,5%	\$ 2.534.743	21,80	9.882.574,944
	Octubre	\$ 401.230	\$ 55.971,59	31	13,5%	\$ 2.619.234	21,80	10.211.994,108
	Diciembre	\$ 401.230	\$ 55.971,59	31	13,5%	\$ 2.619.234	21,80	10.211.994,108
2008	Agosto	\$ 1.044.000	\$ 172.608,00	31	16%	\$ 2.292.076	64,82	12.103.104,129
	Septiembre	\$ 1.010.000	\$ 161.600,00	30	16%	\$ 2.145.899	64,82	11.712.681,415
	Octubre	\$ 1.010.000	\$ 166.986,67	31	16%	\$ 2.217.429	64,82	12.103.104,129
	Noviembre	\$ 1.010.000	\$ 161.600,00	30	16%	\$ 2.145.899	64,82	11.712.681,415
2009	Febrero	\$ 1.049.000	\$ 162.245,33	29	16%	\$ 2.000.755	69,80	11.322.258,701
	Marzo	\$ 1.085.000	\$ 179.386,67	31	16%	\$ 2.212.136	69,80	12.103.104,129
	Abril	\$ 1.085.000	\$ 173.600,00	30	16%	\$ 2.140.777	69,80	11.712.681,415
	Mayo	\$ 1.085.000	\$ 179.386,67	31	16%	\$ 2.212.136	69,80	12.103.104,129
	Junio	\$ 434.000	\$ 69.440,00	30	16%	\$ 856.311	69,80	11.712.681,415
	Julio		\$ 0,00		16%		69,80	-
	Agosto	\$ 1.013.000	\$ 151.274,67	28	16%	\$ 1.865.468	69,80	10.931.835,987

	Septiembre	\$ 1.085.000	\$ 173.600,00	30	16%	\$ 2.140.777	69,80	11.712.681,415
	Octubre	\$ 1.085.000	\$ 179.386,67	31	16%	\$ 2.212.136	69,80	12.103.104,129
	Noviembre	\$ 1.085.000	\$ 173.600,00	30	16%	\$ 2.140.777	69,80	11.712.681,415
	Diciembre	\$ 145.000	\$ 3.093,33	4	16%	\$ 38.146	69,80	1.561.690,855
2010	Febrero	\$ 1.300.000	\$ 194.133,33	28	16%	\$ 2.346.914	71,20	10.931.835,987
	Marzo	\$ 1.300.000	\$ 214.933,33	31	16%	\$ 2.598.369	71,20	12.103.104,129
	Abril	\$ 1.300.000	\$ 208.000,00	30	16%	\$ 2.514.551	71,20	11.712.681,415
	Mayo	\$ 1.300.000	\$ 214.933,33	31	16%	\$ 2.598.369	71,20	12.103.104,129
	Junio	\$ 477.000	\$ 27.984,00	11	16%	\$ 338.304	71,20	4.294.649,852
	Agosto	\$ 1.257.000	\$ 194.416,00	29	16%	\$ 2.350.331	71,20	11.322.258,701
	Septiembre	\$ 1.300.000	\$ 208.000,00	30	16%	\$ 2.514.551	71,20	11.712.681,415
	Octubre	\$ 1.300.000	\$ 214.933,33	31	16%	\$ 2.598.369	71,20	12.103.104,129
	Noviembre	\$ 1.300.000	\$ 208.000,00	30	16%	\$ 2.514.551	71,20	11.712.681,415
	Diciembre	\$ 130.000	\$ 2.080,00	3	16%	\$ 25.146	71,20	1.171.268,141
2011	Febrero	\$ 1.300.000	\$ 194.133,33	28	16%	\$ 2.275.021	73,45	10.931.835,987
	Marzo	\$ 1.300.000	\$ 214.933,33	31	16%	\$ 2.518.773	73,45	12.103.104,129
	Abril	\$ 1.300.000	\$ 208.000,00	30	16%	\$ 2.437.522	73,45	11.712.681,415
	Mayo	\$ 1.300.000	\$ 214.933,33	31	16%	\$ 2.518.773	73,45	12.103.104,129
	Junio	\$ 433.000	\$ 23.093,33	10	16%	\$ 270.627	73,45	3.904.227,138
	Agosto	\$ 1.257.000	\$ 194.416,00	29	16%	\$ 2.278.333	73,45	11.322.258,701
	Septiembre	\$ 1.300.000	\$ 208.000,00	30	16%	\$ 2.437.522	73,45	11.712.681,415
	Octubre	\$ 1.300.000	\$ 214.933,33	31	16%	\$ 2.518.773	73,45	12.103.104,129
	Noviembre	\$ 1.300.000	\$ 208.000,00	30	16%	\$ 2.437.522	73,45	11.712.681,415
2012	Febrero	\$ 1.083.000	\$ 144.400,00	25	16%	\$ 1.631.347	76,19	9.760.567,846
	Marzo	\$ 1.300.000	\$ 214.933,33	31	16%	\$ 2.428.191	76,19	12.103.104,129
	Abril	\$ 1.300.000	\$ 208.000,00	30	16%	\$ 2.349.862	76,19	11.712.681,415
	Mayo	\$ 1.300.000	\$ 214.933,33	31	16%	\$ 2.428.191	76,19	12.103.104,129
	Junio	\$ 390.000	\$ 18.720,00	9	16%	\$ 211.488	76,19	3.513.804,424

	\$ 569.366,46
Salario Base de Cotización Semanal	
# Semanas	728,71
	8,372%
Promedio Ponderado de Cotización -PPC-	
	\$ 34.734.200,76
TOTAL, INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA	

El resultado obtenido supera el reconocido por el juzgado, no obstante, como el único apelante es Colpensiones, no hay lugar a modificar el monto de la indemnización sustitutiva de pensión de vejez, sino que se confirmará la decisión en este sentido.

4.7. PRESCRIPCIÓN.

En cuanto a la excepción de prescripción, no está llamada a prosperar por cuanto de la demanda para el reconocimiento del derecho a la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez se predica la imprescriptibilidad, ver al respecto sentencias SL1421 de 2019, y STL20664 de 2017, donde se reiteró el criterio de la imprescriptibilidad de la indemnización sustitutiva. En efecto, de manera reiterada y pacífica, la SCL de la Corte ha defendido la tesis de que las acciones judiciales encaminadas a que se compruebe la manera en que ocurrió un hecho o se reconozca un estado jurídico, son imprescriptibles. Lo anterior, bajo la premisa de que ni los hechos ni los estados jurídicos prescriben, a diferencia de lo que ocurre con los derechos de crédito y obligaciones que de ello surjan.

Por los motivos señalados, se confirmará la decisión objeto de alzada.

Se condenará en costas de segunda instancia a la recurrente Colpensiones al no haber prosperado el recurso impetrado. Las agencias en derecho se fijan en la suma de \$1.300.000 a cargo de Colpensiones y a favor del demandante.

En mérito de lo expuesto, la **SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ DC**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

VI. DECIDE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá DC, el 20 de octubre de 2022, dentro del proceso ordinario laboral promovido por el señor David Humberto Vargas Hernández en contra de Colpensiones, de conformidad con las razones expuestas en la parte considerativa de este proveído.

SEGUNDO: Costas en segunda instancia a cargo Colpensiones, por haber sido vencido en el recurso, las agencias en derecho se liquidan en la suma de \$1.300.000 que deberá pagar Colpensiones en favor del demandante.

Notifíquese lo resuelto por **edicto, publíquese y cúmplase**,

Los Magistrados,



CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO
Magistrada Ponente



LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ
Magistrada



RAFAEL ALBEIRO CHAVARRO POVEDA
Magistrado



DEMANDANTE:	Andrés Zúñiga Romero
DEMANDADA:	UGPP
TIPO DE PROCESO	Ordinario Laboral
DECISIÓN:	Modifica sentencia.
RADICADO Y LINK:	1001310503820210017301 11001310503820210017301

Bogotá DC, a los veintidós (22) de marzo de dos mil veinticuatro (2024).

En la fecha la **SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL** del **TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ DC**, conformada por los Magistrados Luz Marina Ibáñez Hernández, Rafael Albeiro Chavarro Poveda, y **Claudia Angélica Martínez Castillo, quien actúa como ponente**, se reunió para resolver los recursos de apelación interpuestos por la parte demandante y la UGPP y el grado jurisdiccional de consulta que se surte en favor de ésta última, contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá DC en el proceso ordinario seguido por el señor **Andrés Zúñiga Romero** en contra de la **UGPP**.

Una vez agotado el procedimiento previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la Sala profiere, por escrito, la siguiente:

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

I. ANTECEDENTES

1.1 PRETENSIONES

El señor Andrés Zúñiga Romero convocó a juicio a la UGPP con el propósito que le reconozca y pague la pensión de jubilación convencional desde el 11 de noviembre de 2015, en cuantía del 100 % del promedio mensual de lo percibido en los últimos tres años de servicio, en razón de 14 mesadas anuales; conforme al artículo 98 de la convención colectiva de trabajo suscrita entre el ISS y Sintraseguridadsocial el 31 de octubre de 2001; intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993; así como que le reconozcan la bonificación pagadera al momento de la jubilación

contenida en el artículo 103 de la convención colectiva de trabajo; indexación; costas y agencias en derecho; ultra y extra petita (pág. 1-2, pdf. 01, C01).

1.2 HECHOS

En sustento de sus pretensiones relató que nació el 11 de noviembre de 1960, llegando a los 55 años el mismo día y mes del año 2015.

Precisó que laboró con el ISS en calidad de **trabajador oficial** por un período de 21 años, 3 meses y 13 en los siguientes períodos:

- Desde el 16 de noviembre de 1993 hasta el 15 de noviembre de 1994.
- Desde el 2 de enero de 1995 hasta el 1 de enero de 1996.
- Desde el 3 de enero de 1996 hasta el 2 de enero de 1997.
- Desde el 8 de enero de 1997 hasta el 31 de diciembre de 2014.

Narró que los últimos tres años de servicio su salario estuvo compuesto por los siguientes conceptos:

- Asignación básica
- Incremento de servicios
- Auxilio de alimentación
- Auxilio de transporte
- Prima de servicios
- Reconocimiento por servicios
- Prima de vacaciones

Adujó que, el 29 de marzo de 2016 solicitó a la UGPP el reconocimiento de la pensión de jubilación convencional, como beneficiario de la convención colectiva 2001-2004; prestación que fue negada por dicho ente según resolución RDP 028800 del 5 de agosto de 2016; reiterada mediante auto n° ADP 005263 del 26 julio de 2017, bajo el argumento que no cumple con los requisitos consagrados en el artículo 98 de la convención colectiva de trabajo suscrita entre el ISS y Sintraseguridadsocial antes del 31 de julio de 2010.

Y finalizó afirmando que, el 11 de febrero de 2021 agotó la reclamación administrativa ante la UGPP, sin que la entidad se hubiera pronunciado sobre la misma (pág. 2-5, ídem).

1.3 CONTESTACIÓN

La **UGPP** al contestar la demanda aceptó los hechos que hablan de la fecha de nacimiento y edad del actor, el motivo por el cual le negaron la prestación de jubilación, y el agotamiento de la reclamación administrativa; de los demás hechos dijo no constarle o los negó. Se opuso a las pretensiones, y para derruirlas formuló las excepciones de fondo que denominó: falta de causa e inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, prescripción, compartibilidad de la pensión, y la genérica (pdf. 10, C01, ídem).

II SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

En sentencia del 13 de octubre de 2022 el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá DC, reconoció la pensión de jubilación convencional al señor Andrés Zúñiga Romero a cargo de la UGPP, a partir del 11 de noviembre de 2015 en cuantía inicial de \$1.839.601; en razón de 13 mesadas anuales más los reajustes de ley; la indexación sobre el retroactivo pensional con la autorización de los descuentos de los aportes pertinentes al sistema de seguridad social en salud; así como reconoció la compartibilidad con la pensión de vejez que le sea otorgada en el marco del sistema general de pensiones.

Absolvió a la UGPP de la condena por intereses moratorios; declaró probada la excepción de prescripción del retroactivo pensional causado con anterioridad al 12 de abril de 2018, y respecto de la bonificación por jubilación contemplada en el artículo 103 de la convención colectiva de trabajo; condenó en costas a la demandada; y ordenó el grado jurisdiccional de consulta.

Decisión a la que arribó una vez validó los condicionamientos de la convención colectiva de trabajo suscrita entre la organización sindical Sintraseguridadsocial y el extinto ISS 2001-2004, y el haz probatorio, del cual evidenció, que el actor prestó servicios al extinto ISS por un total de 20 años, 11 meses y 23 días, que superó los 20 años de servicio exigidos en la convención; así como que llegó a los 55 años el 11 de noviembre de 2015.

En cuanto a la oposición de la demandada consistente en que el actor, reunió los requisitos para la pensión convencional con posterioridad a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005; se remitió al precedente jurisprudencial reiterado por la Sala de Casación Laboral, en sentencias como las SL3343 de 2020 y SL2543 de 2020, con base en las cuales determinó en primer lugar que, el requisito de edad

consagrado en el artículo 98 de la convención colectiva es de exigibilidad al momento de la prestación pensional, no de causación.

En segundo lugar, que las reglas pensionales suscritas ante el Acto Legislativo 01 de 2005, rigen hasta cuando finalice el mismo, así sea con posterioridad al 31 de julio de 2010, en razón de los derechos adquiridos y las prerrogativas concretas que, aunque no se han consolidado como derechos, si crean la expectativa de pensión, sustentado en el principio de buena fe y confianza legítima.

Reflexiones que le permitieron concluir que, el actor contaba con un derecho adquirido, que acreditó el cumplimiento de los presupuestos pensionales estando en vigencia lo acordado en la convención colectiva de trabajo, y por ende que, le asiste el derecho a la pensión de jubilación convencional. Pero, solo le reconoció 13 mesadas anuales, en virtud del parágrafo transitorio 6, del Acto Legislativo 01 de 2005.

Negó al demandante el reconocimiento de la bonificación del artículo 103 de la convención reclamada, debido a que desde el 11 de noviembre de 2015 cuando cumplió el requisito de edad mínima -55 años- surgió la exigibilidad del derecho, y éste solo la reclamó el 31 de diciembre de 2014. Fenómeno que también aplicó al retroactivo pensional, por cuanto el agotamiento de la reclamación administrativa de la pensión, la agotó el 29 de marzo de 2016, quedó resuelta mediante auto ADP 005263 del 26 de julio de 2017, proferido por la UGPP, y al reanudarse el término trienal para presentar la demanda, se radicó superado los tres años, el 12 de abril de 2021. Por ello, declaró la prescripción parcial sobre las mesadas causadas desde el 12 de abril del año 2018, hacia atrás.

Y finalmente negó el reconocimiento y pago de los intereses moratorios, porque su derecho se predica solo de las pensiones de vejez del sistema de seguridad social y no a las de jubilación convencional, como la reconocida en este caso; en su lugar ordenó la indexación de las mesadas retroactivas, con el descuento de los aportes a seguridad social en salud; y condenó en costas a la demandada.

III. RAZONES DEL RECURSO

El apoderado de la **Demandante** solicitó la modificación parcial de la sentencia en el sentido que le reconozcan el derecho a la mesada 14, porque su derecho pensional se causó con base en la convención colectiva y no en la ley, y debe aplicársele en su integridad dicha convención.

Por su parte **UGPP** atacó la totalidad de la sentencia, porque el demandante no cumplió los requisitos pensionales conforme a la convención colectiva antes del 31 de octubre de 2004, que fue el plazo de su vigencia, para que sea benefactor del artículo 98 de esa convención; que al 31 de julio de 2010 no cumplía el requisito de los 20 años de servicios señalados en la norma en cita ni tenía la edad mínima requerida, ya que solo reunía 16 años, 6 meses y 21 días de tiempo de servicio y 49 años de edad; con fundamento en el criterio contenido en la SU555 de 2014, el lineamiento 97 del 15 de julio de 2015 con la cual se analizó la sentencia 897 de 2012, donde se analizó que la convención estuvo vigente hasta el 31 de octubre de 2004, y el lineamiento 223 del 11 de octubre de 2021 que lo ratificó.

IV. ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA.

La parte **Demandante** reafirmó los fundamentos del recurso (pdf. 06, C02).

Según constancia secretarial, la **UGPP** no recorrió el traslado para presentar alegatos en esta segunda instancia.

IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA

4.1. COMPETENCIA.

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por ambas partes y el grado jurisdiccional de consulta de la sentencia en favor de la UGPP de conformidad con lo señalado en los artículos 66A y 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

4.2. PROBLEMA JURÍDICO.

Esta Sala se ocupará de analizar, si en el caso sometido a estudio, se acreditaron los presupuestos legales para reconocer la pensión de jubilación convencional a el actor. Y si procede el reconocimiento de la bonificación reseñada en el artículo 103 de la convención colectiva de Sintraseguridadsocial con el extinto ISS 2000-2004

4.3. HECHOS RELEVANTES PROBADOS

No son hechos discutidos (i) la fecha de nacimiento de la demandante el **11 de noviembre de 1960** como se acredita con la copia del registro civil de nacimiento (pág. 36, pdf. 10, C01; (ii) los servicios que prestó el actor al ISS en el cargo de auxiliar de servicios administrativos como trabajador oficial por los períodos del 16 de noviembre de 1993 al 15 de noviembre de 1994, del 2 de enero de 1995 al 1 de enero de 1996, del 3 de enero de 1996 al 2 de enero de 1997 y del 8 de enero de 1997 al 31 de diciembre de 2014 (pág. 19 y 20, idem); (iii) la asignación mensual devengada de acuerdo a los certificados CETIL (pág. 21-25, idem); la negación del reconocimiento de la pensión de jubilación convencional por parte de la UGPP a través de la resolución RDP 028800 del 5 de agosto de 2016 (pág. 27-31, idem); (iv) el agotamiento de la reclamación administrativa el 11 de febrero de 2021 (pág. 35, idem); (v) convención colectiva de trabajo suscrita entre el ISS y el Sindicato Nacional de Trabajadores de la Seguridad Social -Sintraseguridadsocial- vigencia del 1 de noviembre de 2001 al 31 de octubre de 2004 (pág. 41-116, idem)

4.4 DE LA PENSIÓN DE ORIGEN CONVENCIONAL.

El primer aspecto es recordar que, según el artículo 98 de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre Sintraseguridadsocial y el ISS, vigencia 2001-2004, aportada al expediente con la respectiva constancia de depósito, establecía la posibilidad de obtener una pensión de jubilación, si se cumplen las siguientes condiciones:

ARTICULO 98. PENSION DE JUBILACION

El Trabajador Oficial que cumpla veinte (20) años de servicio continuo o discontinuo al Instituto y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) años si es hombre y cincuenta (50) años si es mujer, tendrá derecho a pensión de jubilación en cuantía equivalente al 100% del promedio de lo percibido en el período que se indica a continuación para cada grupo de trabajadores oficiales:

(i) Para quienes se jubilen entre el primero de enero de 2002 y treinta y uno de diciembre de 2006, 100% del promedio mensual de lo percibido en los dos últimos años de servicio.

(ii) Para quienes se jubilen entre el primero de enero de 2007 y treinta y uno de diciembre de 2016, 100% del promedio mensual de lo percibido en los tres últimos años de servicio.

(iii) Para quienes se jubilen a partir del primero de enero de 2017, 100% del promedio mensual de lo percibido en los cuatro últimos años de servicio.

Para estos efectos se tendrán en cuenta los siguientes factores de remuneración:

- a. Asignación básica mensual
- b. Prima de servicios y vacaciones
- c. Auxilio de alimentación y transporte
- d. Valor trabajo nocturno, suplementario y en horas extras
- e. Valor del trabajo en días dominicales y feriados

No obstante lo anterior, cuando hubiere lugar a la acumulación de las pensiones de jubilación y de vejez, por ningún motivo podrá recibirse en conjunto, por uno y otro concepto, más del ciento por ciento (100%) del promedio a que se refiere el presente artículo. Por consiguiente, en dicho caso el monto de la pensión de jubilación será equivalente a la diferencia entre el referido porcentaje y el valor de la pensión de vejez.

PARAGRAFO 1o. El Instituto de oficio o a solicitud de parte interesada, a través de sus dependencia de Medicina, Higiene y Seguridad Industrial hará los estudios técnicos que se requieran para determinar ambientes de especial peligrosidad a la salud de los Trabajadores oficiales y tomará las medidas necesarias para corregir y prevenir los riesgos, modificando si fuere necesario los parámetros señalados en materia de pensiones de jubilación por las normas establecidas en la Convención vigente.

PARAGRAFO 2o. Fondo de Reservas para el pago de Pensiones de los Trabajadores del ISS. El Instituto constituirá durante el primer año de vigencia de la presente Convención un fondo para el pago de pensiones de jubilación, invalidez y sobrevivientes actuales y futuras.

Este fondo se manejará como una cuenta especial en la que se consignarán las apropiaciones presupuestales anuales respectivas y los correspondientes rendimientos financieros, los cuales harán parte de dichos fondos.

PARAGRAFO 3°. Quienes hayan cumplido o cumplan los requisitos de tiempo de servicios y edad a treinta y uno de diciembre de 2001, su pensión se liquidará con las reglas previstas en el artículo 95 de la Convención vigente a treinta y uno de octubre de 2001 (Respeto a Derechos Adquiridos) Las personas a quienes se les aplique esta disposición podrán continuar desempeñando su cargo hasta la fecha que lo estimen pertinente.

PARAGRAFO 4o.: El presente artículo se acuerda por las partes como resultado de la demostración actuarial, técnica, económica y financiera, efectuada por la comisión técnica integrada por los Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, el ISS y Sintraseguridad Social, donde se constató, que el reconocimiento y pago de las jubilaciones en un horizonte de diez (10) años, está plenamente garantizado sin afectar la estabilidad económica de la empresa y sin constituir riesgo fiscal para la Nación.

31 NET onm

De acuerdo con esta preceptiva, la Sala analizará inicialmente si el demandante satisface los presupuestos de la norma convencional. Para el caso en estudio, tenemos que el señor Andrés Zúñiga Romero, fue vinculado al ISS según la certificación expedida por el ISS, los formatos CETIL, y como lo corrobora la misma accionada en los actos administrativos por medio de los cuales le negaron el derecho a la pensión; en los siguientes períodos de tiempo:

- 16 de noviembre de 1993 al 15 de noviembre de 1994.
- 2 de enero de 1995 al 1 de enero de 1996.
- 3 de enero de 1996 al 2 de enero de 1997.
- 8 de enero de 1997 al 31 de diciembre de 2014.

Con esas pruebas se extrae que el actor estuvo vinculado al ISS durante 20 años, 11 meses y 24 días, es decir que, cumplió el tiempo de servicio indicado en la norma convencional; que la prestación de su servicio como trabajador oficial finalizó el día 31 de diciembre de 2014; y que la edad mínima de pensión establecida en la convención colectiva, la cumplió con posterioridad al vínculo laboral, esto es, el 11 de noviembre de 2015, circunstancia que a voces del acuerdo colectivo podía ocurrir

con posterioridad a la extinción del vínculo laboral, evento en el cual el derecho al reconocimiento prestacional se torna exigible.

La demandada y recurrente pretende derruir las pretensiones del actor, reprochando que, el actor cumplió la edad requerida para aspirar la pensión de jubilación con posterioridad a la entrada en vigor del Acto Legislativo 01 de 2005, y de la convención colectiva 2001-2004; lo que significa que la mencionada preceptiva restringió la vigencia de los acuerdos convencionales hasta el 31 de julio de 2010.

De entrada, la Sala advierte que no le asiste razón a la censura; se dice esto porque, de la lectura de la normativa se observa con claridad que la pensión se causa por haber alcanzado el requisito de tiempo de servicio, y que la edad se torna en un requisito de exigibilidad para el disfrute de la prestación, que puede ocurrir durante o después de la desvinculación.

Sobre el entendimiento de la aplicabilidad de la cláusula convencional, en casos de similares contornos, el órgano de cierre de la especialidad ha señalado que es permitida la aplicación de normas convencionales con posterioridad a la fecha del 31 de julio de 2010, cuando los requisitos para causar la pensión concurren después de dicha calenda, en aras de garantizar los derechos adquiridos y las expectativas legítimas de las partes, respecto de la estabilidad de los convenios efectuados acuerdo colectivo; así como que se deben mantener vigentes hasta el término inicialmente pactado, aun cuando éste fuere posterior al 31 de julio de 2010, como se rememoró en la SL3197 de 2022, donde se hizo referencia al cambio de postura del cuerpo colegiado vertido en la SL2543-2020:

En la citada sentencia CSJ SL2543-2020 aseveró la Corte que, *«en principio la extensión de los efectos pensionales convencionales»*, no puede ir más allá del 31 de julio de 2010. De esa forma, se anticipó a la posibilidad de volver a la doctrina anterior, y bajo la égida de los convenios 87, 98 y 154 de la OIT y de confrontar las recomendaciones del Comité de Libertad Sindical con el escenario constitucional, adocrinar que el término inicialmente pactado entre las partes regirá hasta su vencimiento, sin límites distintos a los acordados entre los suscribientes del convenio colectivo.

En efecto, tal como lo entendió la Corte Constitucional en sentencia SU 555 de 2014, al estudiar la compatibilidad de las recomendaciones del Comité del Libertad Sindical adoptadas por el Consejo de Administración de la OIT, relativas a que el gobierno colombiano debía adoptar *«las medidas necesarias a fin de que los convenios colectivos que contienen cláusulas sobre pensiones, cuya vigencia va más allá del 31 de julio de 2010, mantengan sus efectos hasta su vencimiento»*, aquella Corporación sostuvo:

La primera recomendación que la OIT dirige al gobierno colombiano consiste en que se **mantengan hasta su vencimiento** los efectos de las convenciones y pactos colectivos cuyo término **haya sido fijado para una fecha posterior al 31 de julio de 2010**. Esto es exactamente lo que establece la primera parte del parágrafo transitorio tercero cuando indica que "Las reglas de carácter pensional que rigen a la fecha de vigencia de este Acto Legislativo contenidas en pactos,

convenciones colectivas de trabajo, laudos o acuerdos válidamente celebrados, **se mantendrán por el término inicialmente estipulado**". Lo anterior se traduce en que el Acto Legislativo no está desconociendo los derechos adquiridos en materia pensional derivados de pactos y convenciones colectivas. Y está siguiendo lo establecido en el artículo 58 Superior, así como en la jurisprudencia constitucional, especialmente lo señalado en la Sentencia C-314 de 2004.

[...] Además, como se indicó en precedencia, también con el párrafo transitorio tercero se respeta incluso la expectativa legítima de aquellos trabajadores que, si bien no cumplían requisitos a la entrada en vigencia del Acto Legislativo, sí se encontraban cobijados por pactos o convenciones colectivas celebradas antes del 29 de julio de 2005 y con fecha de vencimiento posterior al año 2005 o, incluso, al 31 de julio de 2010 fecha límite fijada por el constituyente. Éstos tenían una legítima expectativa de ser pensionados de acuerdo a las reglas del pacto o convención colectiva que firmaron **mientras continuara vigente**, y así lo reconoce la norma constitucional al establecer que seguirán rigiendo hasta el término de su vencimiento.

[...]

En esa dirección, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia rectificó parcialmente su criterio sentado en las providencias precitadas y, en sentencia CSJ SL3635-2020, precisó que, en materia pensional consagrada en convenciones colectivas de trabajo, laudos o pactos, a la luz del Acto Legislativo 01 de 2005 las pautas que regulan el asunto son las siguientes:

En los eventos en que **las reglas pensionales de carácter convencional suscritas antes de la expedición del Acto Legislativo 01 de 2005 y al 29 de julio del mismo año se** encontraban en curso, mantendrá su eficacia por el término inicialmente pactado, aún con posterioridad al 31 de julio de 2010, hasta cuando se llegue al plazo acordado.

Si al 29 de julio de 2005, fecha de entrada en vigencia del acto legislativo en mención, respecto del convenio colectivo estaba operando la prórroga automática consagrada en el artículo 478 del Código Sustantivo de Trabajo y las partes no presentaron la denuncia en los términos del artículo 479 *ibidem*, las prerrogativas pensionales se extendieron solo hasta el 31 de julio de 2010.

Si la convención colectiva de trabajo se denunció y se trabó el conflicto colectivo, los acuerdos pensionales, por ministerio de la ley, se mantuvieron según las reglas legales de la prórroga automática hasta el 31 de julio de 2010 y, en tal caso, ni las partes ni los árbitros podían establecer condiciones más favorables a las previstas en el sistema general de pensiones entre la fecha en la que entró en vigencia el Acto Legislativo y el 31 de julio de 2010." (Negritas dentro del texto).

En reciente sentencia SL42 de 2023, la misma corporación dijo:

Por lo tanto, es claro que la jurisprudencia vigente de esta Corte, determina que la expresión **"término inicialmente pactado"**, consagrado en el párrafo transitorio 3° del AL 01 de 2005, debe entenderse en el sentido de que si el tiempo de duración inicial del acuerdo colectivo estaba en curso a la entrada de su vigencia – 29 de julio de 2005-, este debe ser respetado hasta que finalice, aun si ello ocurre con posterioridad al 31 de julio de 2010, pues las partes podían convenir efectivamente que el acuerdo extralegal en materia de jubilación tuviese una vigencia inicial hasta el año 2017; ello con el fin de otorgarle a dicho beneficio una mayor estabilidad en el tiempo, fijando con ello derechos adquiridos frente a compromisos pensionales pactados, durante su vigencia, por lo cual, pese a que con la expedición de la precitada reforma constitucional, se determinó que aquellos prerrogativas perderían vigencia en todo caso al 31 de julio de 2010, para el presente caso, dadas las particularidades advertidas, deben entenderse vigentes hasta la anualidad convenida.

Se debe recordar, que esta Sala ha señalado que la pérdida de vigencia de las reglas de carácter pensional contenidas en convenciones, pactos y acuerdo, no comporta la pérdida de los derechos válidamente adquiridos mientras esas reglas estuvieron en vigor, hipótesis plenamente aplicable al presente caso, si se tiene en cuenta lo expuesto en la doctrina relacionada en párrafo anterior, la cual, por

demás, ha sido respaldada por la Corte Constitucional, y más específicamente, en asuntos similares al que ocupa la atención de la Sala, entre otras sentencias, en la CC SU 555-2014, CC SU 227-2021 y más reciente en la CC SU-347-2022.

Preciso es agregar, que lo dicho encuentra soporte adicional, en lo señalado por el artículo 1° del CST, en tanto nos indica que la finalidad primordial de derecho del trabajo es la *«de lograr la justicia en las relaciones que surgen entre empleadores y trabajadores, dentro de un espíritu de coordinación económica y equilibrio social»*, para lo cual, ha previsto diferentes mecanismos y herramientas jurídicas y derechos, como el de asociación, el que además se encuentra regulado constitucionalmente en el precepto 39 de la Carta Política, en virtud de la cual *«los empleadores y los trabajadores tienen el derecho de asociarse libremente en defensa de sus intereses, formando asociaciones profesionales o sindicatos; estos poseen el derecho de unirse o federarse entre sí»*.

Bajo tales premisas jurisprudenciales, considera esta Sala que acertó el Juez de primer grado, cuando declaró el derecho que le asiste al demandante a obtener el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación convencional del actor, en tanto, el mismo acuerdo colectivo señala en su artículo 2 que su vigencia se aplicaría en distintos períodos distintos al general, y que el pluricitado artículo 98 consagró tres grupos de trabajadores oficiales, y para cada cual asignó un término distinto de aplicación y un promedio mensual distinto para el cálculo de la mesada pensional de acuerdo a la fecha de jubilación así:

(i) Para quienes se jubilen entre el primero de enero de 2002 y treinta y uno de diciembre de 2006, 100% del promedio mensual de lo percibido en los dos últimos años de servicio.

(ii) Para quienes se jubilen entre el primero de enero de 2007 y treinta y uno de diciembre de 2016, 100% del promedio mensual de lo percibido en los tres últimos años de servicio.

(iii) Para quienes se jubilen a partir del primero de enero de 2017, 100% del promedio mensual de lo percibido en los cuatro últimos años de servicio.

Bajo tales supuestos fácticos y jurisprudenciales, se concluye que el actor acreditó el cumplimiento de los condicionamientos del grupo (ii) para acceder a la prestación de jubilación convencional de tipo extralegal, por cuanto causó el derecho con más de 20 años de servicio, y que la exigibilidad de la pensión se acreditó el 11 de noviembre de 2015; como acertadamente lo decidió el *a quo*, lo que deja sin sustento jurídico los ataques de la UGPP en su recurso, cuando el precedente jurisprudencial y los acuerdos que los reiteran son vinculantes para las partes.

4.6 DEL DERECHO A PERCIBIR LAS 14 MESADAS.

La inconformidad de la parte demandante consistió en que le asiste derecho a percibir 14 mesadas y no 13 como lo reconoció la primera instancia. En este caso, por tratarse de una pensión convencional, de acuerdo con la cláusula que la consagra, el derecho se causa con el cumplimiento del tiempo de servicio, y el requisito de la edad es un presupuesto de exigibilidad.

No obstante, no es menos cierto, que en el caso en concreto el actor alcanzó el mínimo de 20 años de servicio al ISS en el año 2014, fecha para la cual estaba vigente la aplicación del Acto Legislativo 01 de 2005, que en su artículo 1, entre otros incisos, señala:

Las personas cuyo derecho a la pensión se cause a partir de la vigencia del presente Acto Legislativo no podrán recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año. Se entiende que **la pensión se causa cuando se cumplen todos los requisitos para acceder a ella**, aun cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento". (Negrillas fuera del texto).

Por lo tanto, el juzgador no se equivocó y en este caso, al actor solo le asiste el derecho a recibir 13 mesadas sobre la prestación convencional de jubilación, como a bien lo tuvo el juez; por lo que se confirmará la decisión en este sentido.

4.7 CUANTÍA INICIAL DE LA PRESTACIÓN.

En virtud del grado jurisdiccional de consulta, se pasa a verificar sí el juez de instancia realizó correctamente las operaciones aritméticas para determinar el monto de la mesada pensional, encontrándose que se aplicó la norma convencional del inciso (ii), del artículo 98, y se liquidó la pensión con base en el salario promedio base de los últimos tres años, de conformidad con los formatos CETIL allegados al sumario, y de los cálculos efectuados se obtuvo el siguiente resultado:

LIQUIDACIÓN MESADA					
AÑO	MES	IPC INICIAL	IPC FINAL	MESADA	INDEXACIÓN MESADA
2012	enero		82,47	\$ 1.174.743	\$ 1.882.323,00
	febrero			\$ 4.882.816	\$ 1.882.323,00
	marzo			\$ 430.739	\$ 1.882.323,00
	abril			\$ 744.004	\$ 1.882.323,00
	mayo			\$ 1.649.092	\$ 1.882.323,00
	junio			\$ 3.081.797	\$ 1.882.323,00
	julio			\$ 1.228.977	\$ 1.882.323,00
	agosto			\$ 1.228.977	\$ 1.882.323,00
	septiembre			\$ 1.228.977	\$ 1.882.323,00
	octubre			\$ 1.228.977	\$ 1.882.323,00
	noviembre			\$ 1.228.977	\$ 1.882.323,00
	diciembre	76,19		\$ 2.759.769	\$ 1.882.323,99
2013	enero			\$ 5.100.923	\$ 2.094.085,00
	febrero			\$ 1.147.045	\$ 2.094.085,00
	marzo			\$ 122.897	\$ 2.094.085,00
	abril			\$ 1.228.977	\$ 2.094.085,00
	mayo			\$ 1.228.977	\$ 2.094.085,00
	junio			\$ 3.638.549	\$ 2.094.085,00
	julio			\$ 1.256.767	\$ 2.094.085,00
	agosto			\$ 1.257.215	\$ 2.094.085,00

\$ 20.867.845

\$ 1.738.987

	septiembre	78,05	82,47	\$ 1.257.215	\$ 2.094.085,00	
	octubre			\$ 1.257.215	\$ 2.094.085,00	
	noviembre			\$ 1.257.215	\$ 2.094.085,00	
	diciembre			\$ 5.029.233	\$ 2.094.085,35	\$ 23.782.228
2014	enero			\$ 502.886	\$ 1.542.434,00	\$ 1.981.852
	febrero			\$ 963.865	\$ 1.542.434,00	
	marzo			\$ 1.257.215	\$ 1.542.434,00	
	abril			\$ 1.257.215	\$ 1.542.434,00	
	mayo			\$ 1.351.527	\$ 1.542.434,00	
	junio			\$ 3.213.800	\$ 1.542.434,00	
	julio			\$ 1.279.850	\$ 1.542.434,00	
	agosto			\$ 1.279.850	\$ 1.542.434,00	
	septiembre			\$ 1.303.136	\$ 1.542.434,00	
	octubre			\$ 1.279.402	\$ 1.542.434,00	
	noviembre			\$ 1.279.402	\$ 1.542.434,00	
	diciembre	79,56	82,47	\$ 2.887.958	\$ 1.542.434,50	\$ 17.856.106
			TOTAL	\$ 62.506.179,00	\$ 66.226.105,84	\$ 1.488.009

MESADA
PENSIONAL \$ 1.839.614

Obteniéndose como mesada pensional la suma de \$1.839.618, como promedio salarial del actor de los últimos tres años de prestación de servicios a favor del extinto ISS (2012-2014).

4.8 PRESCRIPCIÓN

Como lo señaló la primera instancia, la excepción de prescripción no está llamada a prosperar, en razón de que la demanda se impetró con el propósito de obtener el reconocimiento del derecho a la pensión de jubilación, de la cual se predica la imprescriptibilidad, ver al respecto sentencia SL1421 de 2019. En efecto, de manera reiterada y pacífica, la SCL de la Corte ha defendido la tesis de que las acciones judiciales encaminadas a que se compruebe la manera en que ocurrió un hecho o se reconozca un estado jurídico, son imprescriptibles. Lo anterior, bajo la premisa de que ni los hechos ni los estados jurídicos prescriben, a diferencia de lo que ocurre con los derechos de crédito y obligaciones que de ello surjan.

Empero, se configuró la prescripción parcial sobre el retroactivo a reconocer al demandante, al tenor de consagrado en los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS, tal como reflexionó el *a quo*, si se tiene que el demandante presentó la solicitud de reconocimiento de la pensión de jubilación convencional ante la UGPP el 29 de marzo de 2016, desatada según resolución RDP 028800 del 5 de agosto de 2016, y que posteriormente fue estudiada por la misma entidad hoy encartada una vez

recibió los certificados de información laboral en original, mediante resolución ADP 005263 del 26 de julio de 2017, acto administrativo que mantuvo la negativa al reconocimiento de la pensión de jubilación al demandante.

Luego se observa que, el demandante presentó una segunda reclamación administrativa, donde peticionó por segunda vez la prestación de jubilación y la bonificación al momento de la jubilación, el 11 de febrero de 2021, la cual no había sido resuelta a la fecha de interposición de la demanda. Pero que la demanda solo fue incoada el 12 de abril de 2021 según acta de reparto (pdf. 3, C01).

Bajo tales circunstancias, esa segunda reclamación no puede reanudar el término prescriptivo, que se interrumpe por una sola vez, según el artículo 489 del CPTSS, y como lo ha venido sosteniendo la máxima Corporación de cierre, en sentencias como la SL4554-2022, donde dijo:

Asimismo, en sentencia CSJ SL12900-2014 la Corporación reiteró que, si bien lo pretendido en ese “simple reclamo” debe estar individualizado, es decir, que lo solicitado debe ser claro y determinable, ello no significa que el escrito deba contener exigencias formales o un lenguaje técnico o jurídico para salir adelante. En esa oportunidad, así lo explicó: “Debe esta Sala recordar que la interrupción de la prescripción tiene como finalidad impedir que el transcurso del tiempo conlleve a la liberación de la obligación emanada del contrato laboral o de la seguridad social. Naturalmente, quien aspira a que dicho fenómeno no se consolide, en los términos del artículo 489 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, debe realizar un “simple reclamo escrito... recibido por el patrono acerca de un derecho debidamente determinado”, cuya consecuencia jurídica es la de que “interrumpe la prescripción por una sola vez, la cual principia a contarse de nuevo a partir del reclamo y por un lapso igual al señalado para la prescripción correspondiente”.

Así las cosas, el término prescriptivo deberá contabilizarse dese la primera reclamación administrativa en lo que respecta al reconocimiento de la pensión de jubilación, y solo para la bonificación, a partir de la segunda reclamación administrativa, que es la que contiene esta solicitud. No obstante, y como no hubo pronunciamiento de la encartada y el juez aplicó el fenómeno prescriptivo desde la fecha de radicación de la demanda, se confirmará la decisión del numeral tercero, por cuanto desde el agotamiento del requisito de procedibilidad, la prescripción afecta las mesadas causadas a partir del 12 de abril de 2018 hacia atrás.

En consecuencia, procede la Sala a modificar el numeral primero de la sentencia para actualizar el retroactivo pensional reconocido al actor hasta el mes anterior de la fecha de este proveído -29 de febrero de 2024-, que arrojó el siguiente resultado:

Año	IPC	Diferencia mensual	# mesadas	Total, retroactivo
2018	3,18%	\$ 2.162.048	9,19	\$ 21.947.714
2019	3,80%	\$ 2.230.801	13	\$ 29.000.415
2020	1,61%	\$ 2.315.572	13	\$ 30.102.431

2021	5,62%	\$ 2.352.852	13	\$ 30.587.080
2022	13,12%	\$ 2.485.083	13	\$ 32.306.074
2023	9,28%	\$ 2.811.125	13	\$ 36.544.630
2024		\$ 3.071.998	2	\$ 6.143.996
TOTAL				\$ 185.879.339

El valor total actualizado del retroactivo pensional que pagará la UGPP asciende a la suma de **\$185.879.339**, y se confirmará la orden de descontar las cotizaciones de los aportes al Sistema General de Seguridad Social en salud, conforme lo dispone el artículo 3 del artículo 42 del Decreto 692 de 1994.

Conforme con las razones fácticas, probatorias y de derecho expuestas en precedencia, la sentencia revisada en apelación y consulta se modificará y confirmará en todo lo demás.

De conformidad con el numeral octavo del artículo 365 del CGP, no se impondrá condena en costas en esta instancia, en razón de que ambas partes apelaron, siendo vencidas en la alzada.

En mérito de lo expuesto, la **SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ DC**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

V. DECIDE:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral primero de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá DC, el 13 de octubre de 2022, dentro del proceso ordinario laboral promovido por el señor Andrés Zúñiga Romero en contra de la UGPP, para liquidar y actualizar el retroactivo pensional reconocido al demandante a partir del **12 de abril de 2018** y hasta la inclusión en nómina que liquidado hasta el mes anterior de esta providencia -31 de enero de 2024- asciende a la suma de **\$182.807.341**, del cual deberá efectuar los descuentos por cotizaciones al Sistema General de Seguridad Social en salud, conforme a las razones anotadas en este proveído.

SEGUNDO: Confirmar la sentencia en los demás.

TERCERO: Sin Costas de segunda instancia por los motivos antes expuestos.

Notifíquese lo resuelto por **edicto, publíquese y cúmplase,**

Los Magistrados,



CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO
Ponente



LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ
Magistrada
Con aclaración de voto



RAFAEL ALBEIRO CHAVARRO POVEDA
Magistrado



DEMANDANTE:	Carolina Amaya Acosta.
DEMANDADO:	M&G International World.
TIPO DE PROCESO	Ordinario Laboral
DECISIÓN:	Confirma sentencia.
Radicado	11001310503020200023701 11001310503020200023701

En Bogotá DC, a los veintidós (22) días de marzo de dos mil veinticuatro (2024), la Sala Segunda de Decisión Laboral, conformada por los Magistrados **Luz Marina Ibáñez Hernández, Rafael Albeiro Chavarro Poveda, y Claudia Angélica Martínez Castillo como ponente**, se reunió para resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada **M&G International World**, frente a la decisión adoptada por el Juzgado 30 Laboral del Circuito en el proceso ordinario laboral que Carolina Amaya Acosta promovió en su contra.

Una vez agotado el procedimiento previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la Sala profiere, por escrito, la siguiente:

SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA.

I. ANTECEDENTES:

1.1 PRETENSIONES.

La mencionada demandante accionó contra M&G International World, en procura de obtener el reconocimiento de la indemnización por despido sin justa causa, el pago de las cesantías correspondientes al año 2019, las primas, vacaciones, cesantías, intereses a las cesantías del año 2020, las comisiones, la dotación de uniformes y calzado, indemnización por daño moral, todas con la respectiva indexación.

1.2 HECHOS.

Como fundamento de su pedimento aseveró que prestó sus servicios para la demandada

desde el 1º de noviembre de 2018, en el cargo de ejecutiva comercial; en lo que interesa al recurso, preciso que su empleadora, desde el año 2019 presentó una serie de incumplimientos, por lo que realizó los reclamos, situación que generó descontento a la empresa. En ese mismo año, quedó embarazada y disfrutó de licencia de maternidad entre el 19 de diciembre y el 22 de abril de 2020.

En su relato manifestó que la EPS Famisanar la incapacitó, entre el 19 de abril y el 17 de junio, por lo que, una vez restableció su salud, le pidió a la empleadora las instrucciones para la retoma de actividades, teniendo en cuenta la situación generada por la pandemia del Covid-19.

A pesar de esto, según mencionó, la empresa inició un proceso disciplinario del cual no fue notificada, y el día 18 de junio de 2020 recibió correo proveniente de la señora Kelly García citándola a rendir descargos, y ese mismo día recibió también la carta de terminación del contrato, invocando una justa causa para ello.

Debido a lo anterior, interpuso acción de tutela en contra de la enjuiciada, y el Juzgado 28 Penal Municipal de Bogotá DC tuteló sus derechos fundamentales y ordenó su reintegro al cargo que venía desempeñando junto con el pago de salarios y prestaciones. Además, se duele de que, a pesar de obtener una decisión en su favor, la empleadora se ha abstenido de cumplirla, aunque promovió varios incidentes de desacato.

Señaló que la enjuiciada intentó desatender la orden de tutela aduciendo que su contrato de trabajo continuaba vigente por lo que, el 23 de julio, le notificó que la despedía sin justa causa.

Por otra parte, señaló que M&G le envió un mensaje comunicándole que le haría el pago de prestaciones sociales, adjuntando un desprendible de pago y extracto bancario, pero ese pago no se reflejó en su cuenta, y aunque le requirió la prueba la empresa no la aportó.

Por último, dijo que la empresa no entregó la dotación de uniformes y calzados, y que actualmente adeuda saldos por comisiones, prestaciones sociales, aportes a salud y pensión.

1.3 CONTESTACIÓN DE DEMANDA.

La demandada se opuso a las pretensiones, que no es cierto que se adeude sumas algunas por los conceptos reclamados, y que la demandante de mala fe pretende cobrar las sumas

ya canceladas. Para enervar las pretensiones de la demanda formuló las excepciones de cobro de lo no debido, falta de legitimación en la causa por activa y mala fe.

1.4 SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 4 de octubre de 2022 condenó a la demandada M&G International World a lo siguiente:

PRIMERO: DECLARAR la existencia de un contrato de trabajo de duración indefinida, entre CAROLINA AMAYA ACOSTA, identificada con C.C. N° 1.013.583.995, en condición de trabajadora y, M&G INTERNATIONAL WORLD, en calidad de empleadora, vigente de 01 de noviembre de 2018 a 23 de junio de 2020, en que la actora desempeñó el cargo de Ejecutiva Comercial, recibiendo como salarios: para 2018: \$1'550.000.00, para 2019: \$1'550.000.00 y, para 2020: \$1'643.000.00; vínculo que terminó de manera unilateral y sin justa causa por parte de la empleadora, de acuerdo con lo expresado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a M&G INTERNATIONAL WORLD, a través de su representante legal o quien haga sus veces, a que reconozca y pague a la demandante, las siguientes sumas y conceptos:

- a) \$9'474.633 por salarios debidos;
- b) \$821.500 por prima de servicios;
- c) \$394.776 por compensación en dinero de las vacaciones;
- d) \$2'597.886 por auxilio de cesantías;
- e) \$236.698 por intereses a las cesantías;
- f) \$2'443.202 por indemnización por despido sin justa causa;
- g) \$54.766,66 diarios por indemnización moratoria de 24 de junio de 2020 a 23 de junio de 2022 (primeros 24 meses) y, a partir del día siguiente (mes 25) los intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Financiera de Colombia, hasta que se verifique el pago de los salarios y prestaciones sociales debidas.

Se autoriza a la demandada para que descuente de lo adeudado, los valores pagados y referidos en las consideraciones de esta decisión, como pagos efectuados en 2020.

TERCERO: ORDENAR a M&G INTERNATIONAL WORLD, a través de su representante legal o quien haga sus veces, que solicite a la administradora de pensiones en la que se encuentre afiliada la demandante, el correspondiente cálculo actuarial por los aportes dejados de efectuar en debida forma durante la vigencia de la relación de trabajo, teniendo en cuenta los salarios fijados en esta decisión, en los términos del Literal d) del Parágrafo 1° del Art. 33 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el Decreto 1887 de 1994 y, la Sentencia N° 55833 de 12 de noviembre de 2019 de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

CUARTO: ABSOLVER a M&G INTERNATIONAL WORLD de las demás pretensiones incoadas en su contra.

QUINTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de COBRO DE LO NO DEBIDO, FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR ACTIVA y, MALA FE, propuestas por la demandada.

Para arribar a tal conclusión, analizó que la accionada *«no demostró el pago completo a la trabajadora de las acreencias laborales correspondientes al año 2020»*, mientras que, en lo referente al pago de comisiones señaló que *«con las pruebas aportadas no se acreditó el valor al que estás ascendieron, por ende, se tendrá como último salario devengado por la actora la suma de \$1.643.000»*.

Respecto del auxilio de cesantías consideró *«aunque la demandada adujo que no consignó*

la cesantía a un fondo por indicación de su trabajador, pues esta le solicitó el pago directamente. Ello, además de no estar probado dentro del expediente, constituye una transgresión a lo dispuesto por la ley».

Frente a la indemnización por despido injustificado, el fallador afirmó que, aunque se aportó la liquidación definitiva de prestaciones sociales, la demandada no acreditó su pago, por lo que la deberá cancelar.

1.5. RECURSO DE APELACIÓN

La demandada criticó la decisión recurrida, enfatizó que *«los valores cancelados por parte de M&G Internacional se probaron y están las consignaciones en las transferencias»*, además, añadió que *«se le pagó la indemnización también de la misma forma en las mismas transferencias»*.

El recurrente advirtió *«no se tuvo en cuenta nada de los salarios que se aportaron los pagos que se le hicieron a ella. No se tuvo en cuenta la mala fe que ella presentó»*. Y, por último, recalcó que *«no se pueden condenar a mi poderdante a que pague unos salarios mientras ella estaba en incapacidad de maternidad, mientras que, la misma demandante los estaba cobrando a la EPS directamente»*.

II. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

La demandante presentó sus alegaciones, reiterando lo expuesto en su recurso, y respecto a sus razones puntualizó:

La señora Carolina Amaya Acosta, quien estuvo vinculada laboralmente con la empresa M&G International World se vio obligada a acudir a instancias judiciales a solicitar la protección de sus derechos que fueron conculcados por la demandada, quien desde el inicio de la relación contractual se vio inmersa en incumplimientos sistemáticos en relación con las obligaciones legales que le asistían como empleadora.

La anterior situación ya fue ampliamente ilustrada en el escrito de la demanda y las pruebas documentales allegadas, donde se expuso como la representante legal de la compañía era conocedora de la situación a la que exponía a sus empleadas con el atraso en el pago de los salarios, las primas, la seguridad social y toda especie de acreencias propias de la relación laborar con sus empleadas.

Puntualmente con la demandante, además de omitir deliberadamente los pagos también la sometió a una serie de vulneración de sus derechos como el pago por cuotas de su licencia de maternidad, el inicio de un proceso disciplinario sin el respeto por las garantías constitucionales y legales, un despido sin que mediara una justa causa, el desconocimiento de un fallo de tutela y la vulneración de su honra y buen nombre, con afirmaciones catalogadas como delitos que por parte del apoderado se hicieron dentro de las audiencias celebradas, sin que existiera una prueba que respaldara tales acusaciones.

Por lo demás considero que tanto las pruebas allegadas como lo que quedó plasmado dentro de la audiencia inicial al escuchar en interrogatorio de parte a la gerente de M&G, quedó demostrado en un importante grado de certeza que la empleadora, además de vulnerar los derechos de la demandante, nunca tuvo la más mínima actuación que mostrara una buena fe por parte de ella, para de alguna forma enmendar todos los perjuicios que ocasionó por el incumplimiento de sus obligaciones.

Finalmente, no se pudo demostrar en ninguna etapa del proceso que las reclamaciones solicitadas por la demandante hayan sido satisfechas, por el contrario siempre se buscó por parte la señora Kelly García Gerente General y su apoderado, evadir la responsabilidad con sustentos probatorios que no guardan ningún orden o muestran el cumplimiento de sus deberes, tampoco se sustentó en debida forma ni fáctica, ni jurídicamente por parte del apoderado de la demandada las razones en que considera infundada la decisión de reconocimiento de derechos hecha por parte del a quo y que lo llevó a apelar el fallo, situación que pareciera más querer dilatar la responsabilidad que le asiste a la empleadora de pagar lo adeudado, buscando una posible insolvencia para evadir el pago de las prestaciones sociales.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

3.1 PRESUPUESTOS PROCESALES Y ALCANCE DEL RECURSO

Conoce la Sala de la apelación de la sentencia presentada por la parte demandada, de conformidad con lo señalado en los artículos 66 y 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

3.2 HECHOS PACÍFICOS

En esta instancia no hay discusión respecto a que la señora Amaya Acosta estuvo vinculada laboralmente con la empresa M&G International World.

3.3 PROBLEMA JURÍDICO

Teniendo en cuenta la expuesto en el recurso de apelación, en esta oportunidad la Sala se ocupará **de** establecer, si se presentó o no un pago deficitario de las prestaciones y si la demandante tiene derecho o no a la indemnización por despido injusto reclamada.

3.4. DEL PAGO DE PRESTACIONES E INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO INJUSTO

Mientras la demandada afirmó que realizó el pago de las cesantías directamente a la trabajadora, porque ella así lo solicitó, la actora niega ese hecho, por consiguiente, la Sala entrará a establecer si la empleadora pagó a la demandante las sumas objeto de condena correspondientes a prestaciones sociales de los años 2019 y 2020 la indemnización por despido injusto reclamada en el libelo demandatorio, y si procede o no el reconocimiento y

pago de lo adeudado a su juicio por concepto de vacaciones del año 2020.

En efecto, la enjuiciada negó el contenido descrito en el hecho 10°, manifestó que, si pagó el mes de mayo, y que la consignación la realizó el 1° de junio de ese año. Al hecho 16°, dijo que sí cumplió la orden de tutela reintegrando a la demandante y le canceló lo adeudado según consta en la liquidación de prestaciones sociales realizada por la contadora de la empresa y las respectivas consignaciones. Insistió en que los documentos que aportó al proceso constituyen prueba de esas afirmaciones.

La primera instancia no le concedió credibilidad a lo dicho por la empresa, pues no los encontró probados, lo que lo llevó a declarar que sí se presentó un pago deficitario, y los condenó a pagar estas sumas: a) \$9.474.633 por salarios debidos; b) \$821.500 por prima de servicios; c) \$394.776 por compensación en dinero de las vacaciones; d) \$2.597.886 por auxilio de cesantías; e) \$236.698 por intereses a las cesantías.

Esta conducta por sí misma, consistente en concederle mayor valor a unos medios de prueba por encima de otros, responde a la atribución que el legislador le confirió al juez laboral, consagrada en el artículo 61 del CPTSS, de manera que podrá apreciar libremente la prueba y el razonamiento que de ella realice le permitirá formar libremente su convencimiento. Sobre la valoración de las pruebas legalmente recaudadas, la Sala de Casación Laboral en la sentencia SL2833-2017 indicó:

La Sala tiene adoctrinado y lo ha reiterado en varias ocasiones que el darles mayor credibilidad a unos medios probatorios que a otros, no constituye una violación de la ley procesal, por motivo que los sentenciadores de instancia gozan de la «potestad legal de apreciar libremente la prueba» en los términos previstos en el citado artículo 61 del C.P. del T. y de la S.S., para, con ello, formar su convencimiento con base en el principio de la sana crítica, acerca de los hechos discutidos. Esto, con base en aquellos elementos de prueba que más los induzcan a hallar la verdad real, siempre y cuando las inferencias del juzgador sean lógicas y aceptables, por lo cual quedan abrigadas por la presunción de legalidad. De suerte que los jueces de instancia, conforme a esa potestad legal, pueden válidamente fundar su decisión en aquellos elementos probatorios que les merezcan mayor persuasión o credibilidad, ya sea en forma prevalente o excluyente de lo que surja entre una u otra prueba, sin que esa escogencia razonada configure un yerro (Sentencia SL 832-2013, 19 nov. 2013, rad. 44772).

En la sentencia SL3591-2020, el alto tribunal reiteró el criterio antes esbozado:

es del caso recordar que en virtud de lo dispuesto por el artículo 61 del Código Procesal Laboral, en los juicios del trabajo los jueces gozan de libertad para apreciar las pruebas, por lo que si bien el artículo 60 ibídem les impone la obligación de analizar todas las allegadas en tiempo, están facultados para darle preferencia a cualquiera de ellas sin sujeción a tarifa legal alguna, salvo cuando la ley exija determinada solemnidad ad substantiam actus, pues en tal caso «no se podrá admitir su prueba por otro medio», tal y como expresamente lo establece la primera de las citadas normas.

Al respecto, resulta pertinente traer a colación lo afirmado en sentencia de 27 de abril de 1977, inédita, que fue ratificado por la Sala, entre otras, en sentencia de 5 de noviembre de 1998 (rad. 11.111):

El artículo 61 del Código de Procedimiento Laboral les concede a los falladores de instancia la

potestad de apreciar libremente las pruebas aducidas al juicio, para formar su convencimiento acerca de los hechos debatidos con base en aquellas que los persuadan mejor sobre cuál es la verdad real y no simplemente formal que resulte del proceso. Todo ello, claro está, sin dejar de lado los principios científicos relativos a la crítica de la prueba, las circunstancias relevantes del litigio y el examen de la conducta de las partes durante su desarrollo.

Pueden, pues, los jueces de las instancias al evaluar las pruebas fundar su decisión en lo que resulte de algunas de ellas en forma prevalente o excluyente de lo que surja de otras, sin que el simple hecho de esa escogencia permita predicar en contra de lo resuelto así la existencia de errores por falta de apreciación probatoria y, menos aún, con la vehemencia necesaria para que esos errores tengan eficacia en el recurso extraordinario de casación como fuente del quebranto indirecto que conduzca a dejar sin efecto la decisión que así estuviera viciada.

La eficiencia de tales errores en la evaluación probatoria para que lleven a la necesidad jurídica de casar un fallo no depende pues simplemente de que se le haya concedido mayor fuerza de persuasión a unas pruebas con respecto de otras sino de que, aun de las mismas pruebas acogidas por el sentenciador o de otras que no tuvo en cuenta, surja con evidencia incontestable que la verdad real del proceso es radicalmente distinta de la que creyó establecer dicho sentenciador, con extravío en su criterio acerca del verdadero e inequívoco contenido de las pruebas que evaluó o dejó de analizar por defectuosa persuasión que sea configurante de lo que la ley llama el error de hecho.

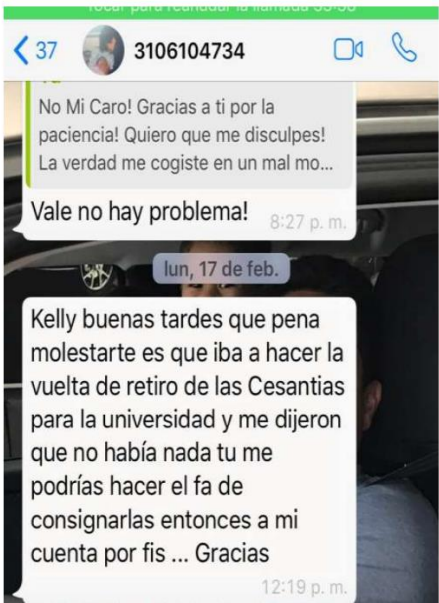
Con los anteriores parámetros se revisará cada concepto materia de la controversia.

3.4.1. DEL PAGO DE CESANTÍAS.

Para demostrar que pagó directamente las cesantías a la demandante, la enjuiciada aportó la captura de un chat de WhatsApp (pág. 59, pdf. 10, C01), que da cuenta de una solicitud desde el abonado telefónico 3106104734, de donde se extrajo el siguiente mensaje: «*Kelly buenas tardes que pena molestarte es que iba a hacer la vuelta de retiro de las cesantías para la universidad y me dijeron que no había nada tú me podrías hacer el fa de consignarlas entonces a mi cuenta*».

EVIDENCIA

A continuación relaciono evidencia donde la Sra. Carolina Amaya el día 17 de Febrero del año en curso solicita que sus cesantías sean canceladas a su cuenta personal para su universidad.



En atención con esto, la demandada asegura que actuó de buena fe con su ex trabajadora y que procedió de aquella forma acatando el requerimiento de la actora quien pidió que le pagaran las cesantías mediante consignación en su cuenta y así lo hicieron.

Claramente esta conducta no es de ninguna manera justificativa, y menos ajustada a la ley, por cuanto el pago debió efectuarse en la forma prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, que indica:

1ª. El 31 de diciembre de cada año se hará la liquidación definitiva de cesantía, por la anualidad o por la fracción correspondiente, sin perjuicio de la que deba efectuarse en fecha diferente por la terminación del contrato de trabajo.

2ª. El empleador cancelará al trabajador los intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, en los términos de las normas vigentes sobre el régimen tradicional de cesantía, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente.

3ª. El valor liquidado por concepto de cesantía se consignará antes del 15 de febrero del año siguiente, en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía que el mismo elija. El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada retardo.

En este caso, la norma exige que se haga una liquidación al finalizar el año laboral, por la anualidad o por fracción de año, y, además, se contempla que su consignación al fondo administrador deberá realizarse antes del 15 de febrero del año siguiente; hecho que incumplió la demandada, y que es independiente del aparente acuerdo entre las partes, el cual carece de validez en la medida en que las normas que regulan el trabajo humano son de orden público, de obligatorio cumplimiento y de ellas se predica la irrenunciabilidad.

Ahora, a juzgar por lo que dispone el artículo 254 del Código Sustantivo del Trabajo: «*Se prohíbe a los empleadores efectuar pagos parciales del auxilio de cesantías antes de la terminación del contrato de trabajo, salvo en los casos expresamente autorizados, y si los efectuaren perderán las sumas pagadas, sin que puedan repetir lo pagado*», el desconocimiento de las reglas de pago de cesantías ocasiona que estas se entiendan como no realizadas y se perderá lo pagado.

En consecuencia, acertó el a quo, en tanto la demandada admitió que efectuó un pago irregular y nadie puede aprovecharse de su propio dolo o culpa para eximirse de las consecuencias que se deriven de su actuar, de tal manera que, al estar plenamente comprobado el pago irregular de las cesantías, la consecuencia es la pérdida de las sumas entregadas de esa manera y la imposibilidad de compensarlas. En consecuencia, no prospera el recurso sobre este punto.

3.4.2. DEL PAGO DE PRESTACIONES, VACACIONES E INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO INJUSTO

Respecto al pago de prestaciones sociales, vacaciones e indemnización por despido injustificado, esta Sala procede a evaluar las pruebas recaudadas. Dentro del plenario, se allegó documento denominado “liquidación definitiva de prestaciones sociales”, estableciendo como causal de retiro la cancelación del contrato y fecha de retiro 23 de julio de 2020, documento que no aparece suscrito ni recibido por la extrabajadora Carolina Amaya Acosta, y que, por lo tanto, no es idóneo para establecer que si hubo un pago efectivo de la obligación:

M&G INTERNATIONAL WORLD S.A.S.
NIT. 900.772.261-2
LIQUIDACION DEFINITIVA DE PRESTACIONES SOCIALES

DATOS BASICOS

NOMBRE DEL EMPLEADO :
IDENTIFICACION :
TIPO DE CONTRATO:
CAUSA DE RETIRO :
FECHA DE INGRESO :
FECHA DE RETIRO :
TIEMPO DE TRABAJO :
SALARIO BASICO MENSUAL
AUXILIO DE TRANSPORTE
SALARIO BASE PARA LIQUIDACION
DE CESANTIAS
SALARIO BASE PARA LIQUIDACION
DE PRIMA
SALARIO BASE PARA LIQUIDACION
VACACIONES

CAROLINA AMAYA ACOSTA
1.013.583.995
INDEFINIDO
CANCELACION DEL CONTRATO
1/11/2018
23/07/2020
623
\$ 1.643.000
\$ 102.854
\$ 1.745.854
\$ 1.745.854
\$ 1.745.854
\$ 1.643.000

LIQUIDACION

VACACIONES
DIAS PENDIENTES DE VACACIONES
DEVENGADOS
SALARIO BASICO
SUBSIDIO TRANSPORTE
CESANTIAS 2020
INTERESES SOBRE CESANTIAS 2020
VACACIONES EN DINERO S.TRADICIONAL
PRIMA DE SERVICIOS 2020
INDEMNIZACION
TOTAL DEVENGADOS
DEDUCCIONES
APORTES SALUD COMPENSAR
APORTES PENSION PORVENIR
TOTAL DEDUCCIONES
TOTAL A PAGAR

18,45 DIAS
X 39 DIAS
X 37 DIAS
X 203 DIAS
X 6,12 203 DIAS
X 18,45 DIAS
X 203 DIAS
X 44,6 DIAS
DEDUCIBLE
4%
4%

\$ 2.099.393
\$ 126.853
\$ 984.468
\$ 66.616
\$ 1.010.445
\$ 984.468
\$ 2.443.292
\$ 7.715.444
\$ 65.720
\$ 65.720
\$ 131.440
\$ 7.584.004

HAGO CONSTAR

Que mediante la suma de SIETE MILLONES QUINIENTOS OCHENTA Y CUATRO MIL CUATRO PESOS (\$ 7.584.004.00) M/cte. M&G INTERNATIONAL WORLD S.A.S., queda a Paz y Salvo con el (la) suscrito (a) en todo lo que respecta a prestaciones sociales prescritos por la Ley; que mis salarios han sido pagados incluyendo dias dominicales y festivos con su correspondiente recargo; y por lo tanto no tengo posteriores reclamaciones que formularles por ninguno de los conceptos anteriores.

Dejo constancia, que durante el tiempo de mis servicios, no sufrí enfermedad profesional.

En prueba de mi conformidad, firmo la presente liquidación en Bogotá.

PREPARADO
DIANA MERCHAN G.

APROBADO
KELLY JOHANA GARCIA VILLEGAS

RECIBIDO
CAROLINA AMAYA ACOSTA

Del documento adjunto por la demandada no se desprende que se trate de uno auténtico en la medida que no existe certeza sobre la persona que lo elaboró o a quien se le tribuye el documento, igualmente al no haberse manuscrito, firmado, o cuando exista certeza respecto de la persona a quien se atribuya el documento, ni se observa confesión de la demandante de haber recibido los dineros descritos en el documento aportado por la demandada.

Con respecto a los salarios impagados, la parte recurrente le limitó a señalar que resultaba improcedente efectuar esos pagos pues coincidían con los períodos en que la trabajadora estuvo incapacitada y en los que recibió directamente de la EPS a la que estaba afiliada, pero se abstuvo de aportar prueba de ese hecho, desatendiendo de esa forma la regla procesal según la cual « Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen»; en consecuencia la deficiencia probatoria anotada impide concederle credibilidad a lo expuesto por la demandada.

Conforme a lo expuesto hasta aquí, se confirmará la decisión de primera instancia en contra de la demandada.

3.5. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA.

Costas en segunda instancia en favor de la demandante y a cargo de la demandada, fíjese como agencias en derecho un salario mínimo legal mensual vigente.

En mérito de lo expuesto, la **SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

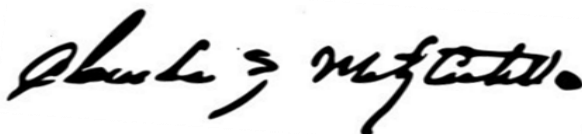
VI. DECIDE:

PRIMERO: Confirmar la sentencia proferida por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá, el 4 de octubre de 2022, dentro del proceso ordinario laboral promovido por Carolina Amaya Acosta en contra de M&G International World, conforme con las consideraciones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO: Costas en segunda instancia en favor de la demandante y a cargo de la demandada, fíjese como agencias en derecho un salario mínimo legal mensual vigente.

Notifíquese lo resuelto por **edicto, publíquese y cúmplase,**

Los Magistrados,



CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO

Magistrada Ponente



LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ

Magistrada



RAFAEL ALBEIRO CHAVARRO POVEDA

Magistrado



DEMANDANTE:	Marlene Manrique.
DEMANDADA:	Colpensiones, Porvenir SA, Colfondos SA y Skandia SA
TIPO DE PROCESO	Ordinario Laboral
TEMA	Ineficacia
DECISIÓN:	Revoca y confirma
RADICADO Y LINK:	11001310503320190078501 11001310503320190078501

En Bogotá DC, a los veintidós (22) días de marzo de dos mil veinticuatro (2024), la **Sala Segunda de Decisión Laboral, conformada por los Magistrados Luz Marina Ibáñez Hernández, Rafael Albeiro Chavarro Poveda, y Claudia Angélica Martínez Castillo**, quien actúa como ponente, se reunió para resolver los recursos de apelación interpuestos por la AFP Porvenir SA, Skandia SA y Colpensiones, y el grado jurisdiccional de consulta que se surte en favor de ésta última, frente a la decisión adoptada por el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá DC, en el proceso ordinario adelantado por la señora **Marlene Manrique** en contra de **Porvenir SA, Colfondos SA, Skandia SA y Colpensiones**.

Una vez agotado el procedimiento previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la Sala profiere, por escrito, la siguiente:

SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

I. ANTECEDENTES:

1.1. PRETENSIONES.

Pretende la demandante se declare la ineficacia de su vinculación y traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida -en adelante RPMPD- administrado por el ISS hoy Colpensiones al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -en adelante -RAIS- administrado por Colfondos, y sus posteriores migraciones dentro del RAIS a Skandia SA y Porvenir SA; así como que se ordene

el retorno a Colpensiones y su afiliación sin solución de continuidad. En consecuencia, se ordene a Skandia SA trasladar a Colpensiones la totalidad de los aportes junto con sus rendimientos, y a Colpensiones a recibir los aportes y actualizar la historia laboral; extra y ultra petita; costas (pág. 8-10, pdf. 01, C01).

1.2. HECHOS

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que se trasladó del RPM administrado por el Instituto de Seguros Sociales hoy Colpensiones al RAIS a la AFP Colfondos en febrero de 1996; pero la decisión no fue informada, autónoma y consciente, ya que en ningún momento se le brindó una asesoría completa, integral y veraz donde se le explicaran los beneficios y desventajas del traslado de régimen pensional por ninguno de los dos fondos privados. Aseveró haber solicitado a Skandia SA la ineficacia de afiliación, que fue negada; así como agotó la reclamación administrativa ante Colpensiones, pero fue despachada desfavorablemente.

1.3. TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA.

Admitida la demanda e integrada la litis, las demandadas se pronunciaron de forma oportuna, así:

Colpensiones se opuso a lo pretendido por la demandante; en relación con los hechos, aceptó la afiliación, y el agotamiento de la reclamación administrativa; negó el motivo de la negación del traslado explicando que se basó en la libertad de elección de régimen; y que no consta de hechos relacionados con actos de particulares ajenos a ese fondo, y que deben ser probados. Para enervar las pretensiones, formuló las excepciones de mérito denominadas descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPMPD, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradora de seguridad social del orden público, innominada o genérica (Págs. 1-37, pdf. 02, *idem*).

Skandia SA, en su contestación manifestó que acepta los hechos de la afiliación a esta AFP, pero niega que el traslado no fue debidamente informado, y que esta fue perfectamente válida y se dio por una decisión voluntaria y unilateral del afiliado. Se opuso a las pretensiones e invocó como excepciones: no participación al momento

de elegir régimen, la demandante se encuentra inhabilitada para el traslado por razón de la edad, ausencia de configuración de causales de nulidad, inexistencia de violación al debido proceso para el momento de afiliación al RAIS, ausencia de falta al deber de asesoría e información, prescripción, imposibilidad de reintegrar los gastos de administración, buena fe y la genérica (pdf. 06, *idem*).

Colfondos SA. al contestar aceptó el hecho de afiliación a la AFP; de los demás hechos dijo no constarle por tratarse de circunstancias ajenas a dicha entidad en las que no tiene injerencia. Se opuso a las pretensiones y para derruirlas formuló las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, la innominada o genérica (pdf. 07, *idem*).

Posteriormente, por auto proferido el 29 de marzo de 2022, se ordena la vinculación de las AFP Porvenir SA, en calidad de litisconsorte necesario, ordenando la notificación a esta entidad.

Por otra parte, mediante providencia del 26 de abril de 2022, se aceptó el llamamiento en garantía realizado a la aseguradora Mapfre Seguros Colombia, ordenando su notificación.

Porvenir SA aceptó la afiliación y especificó que la decisión de pertenecer al régimen de ahorro individual con solidaridad fue libre, voluntaria y sin presiones. Y negó los hechos referentes a una indebida información suministrada al momento de la vinculación a ese fondo, y que le indicaron los pormenores del funcionamiento, condiciones y características del RAIS en comparación con el RPM.

Para derruir las excepciones formuló como excepciones las de prescripción, compensación, inexistencia de la obligación, buena fe, innominada o genérica (pdf. 14, *idem*).

Mapfre Seguros manifiesta que no se opone ni se allana a las pretensiones de la demanda; asegura que no le constan los hechos de la demanda. Se opuso a las pretensiones incoando las excepciones de mérito denominadas i Propuso las siguientes excepciones: el acto jurídico de afiliación al rais fue debidamente informado y todas las decisiones tomadas por la demandante se dieron al amparo del principio de “autonomía de la voluntad”, sin estar mediadas y/o determinadas por error o vicio alguno del consentimiento, siendo absolutamente lícitas y válidas,

inexistencia de motivos que tipifiquen alguna causal de nulidad material o de invalidación del acto jurídico de afiliación de la demandante a la AFP Old Mutual (hoy Skandia administradora de fondos de pensiones y cesantías S.A.), legalmente la demandante se encuentra inhabilitada para trasladarse de régimen pensional, reconocimiento oficioso de excepciones.. (pdf. 13, idem).

Y frente al llamamiento, se opone a lo pretendido con el llamado. Y en cuanto a los hechos refiere que «como consecuencia de una eventual condena, a ordenar la devolución de los aportes contenidos en la Cuenta de Ahorro Individual de la demandante a COLPENSIONES, esa orden debería afectar solamente a la llamante en garantía». Finalmente, para derribar las pretensiones del convocante formula las excepciones de frente a la acción material ejercida por la parte demandante, Skandia administradora de fondos de pensiones y cesantías S.A. carece de amparo y/o cobertura, pues, el riesgo objeto de protección asegurativa no tiene relación con el objeto material de las pretensiones, siendo improcedente el llamamiento en garantía realizado a Mapfre Colombia Vida Seguros S.A., en caso de una sentencia de condena contra la llamante en garantía, Mapfre Colombia Vida Seguros S.A. no se encuentra obligada a efectuar devolución de la prima ni de ningún otro valor que corresponda a contraprestación del seguro, porque ella fue legalmente devengada y los riesgos estuvieron efectivamente amparados, a Mapfre Colombia Vida Seguros S.A. no le son oponibles los efectos de una eventual sentencia estimatoria de las pretensiones de la demanda que afecten a la llamante, AFP Skandia S.A., y, por lo mismo, no está obligada a restitución alguna, inexistencia de derecho contractual por parte de “Skandia administradora de fondos de pensiones y cesantías S.A.”, prescripción de la acción derivada del contrato de seguro, reconocimiento oficioso de excepciones.

1.4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá DC, mediante sentencia del 19 de abril de 2023, dispuso:

PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA DEL TRASLADO al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y con esto la afiliación realizada a la señora Marlene Manrique identificada con la cédula de ciudadanía No. 51.732.398, afiliada el 27 de febrero de 1996 a Colfondos S.A.

SEGUNDO: DECLARAR que la señora Marlene Manrique actualmente se encuentra afiliada de manera efectiva al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES.

TERCERO: ORDENAR a SKANDIA S.A., realizar el traslado de los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual de la señora Marlene Manrique a COLPENSIONES, junto con sus respectivos intereses, rendimientos y bonos pensionales a que haya lugar.

CUARTO: ORDENAR a COLPENSIONES recibir el traslado de las sumas anteriormente descritas, así como activar la afiliación de la señora Marlene Manrique al RPMPD e integrar en la totalidad su historia laboral.

QUINTO: CONDENAR a SKANDIA S.A., COLFONDOS S.A., y a PORVENIR S. A. a transferir a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones las cuotas de administración, los dineros descontados para los seguros previsionales y pensión de garantía mínima debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

SEXTO: CONMINAR a COLPENSIONES a acudir a los mecanismos procesales y extraprocesales pertinentes para obtener el recaudo de los dineros generados como consecuencia de la declaración hecha en el ordinal anterior.

SÉPTIMO: DECLARAR NO PROBADAS, las excepciones de inexistencia del derecho, prescripción y demás presentadas por las demandadas, conforme lo expuesto en parte motiva de esta providencia.

OCTAVO: ABSOLVER a MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS de las pretensiones incoadas en su contra.

NOVENO: COSTAS de esta instancia quedan a cargo de las accionadas. Agencias en derecho, se fija la suma de 1.5 SMLMV a cargo de Skandia S.A., 1.5 SMLMV a cargo Colfondos S.A., 1.5 SMLMV a cargo de Porvenir S.A. y 1 SMLMV a cargo de COLPENSIONES, todas en favor de la parte demandante.

Con fundamento la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la CSJ, consideró que lo procedente era declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la demandante, en la medida en que las AFP demandadas no probaron haberle suministrado a la actora información relevante, veraz y completa, ni al momento de su afiliación ni en los cambios de AFP dentro del mismo RAIS, que los formularios de vinculación por sí solos no constituyen prueba suficiente para dar por establecido que la información fue veraz, ni menos se probó el consentimiento informado para tomar la decisión de traslado o la tesis de los actos de relacionamiento que muestren que fue interés de la demandante pertenecer al régimen de ahorro individual por los cambios que efectuó dentro del RAIS. En consecuencia, el a quo no solo ordenó el traslado de aportes, sino también los gastos de administración, primas de reaseguro y el fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados. Por último, emite condena en costas en contra de Skandia, Porvenir y Colpensiones.

1.5. RECURSO DE APELACIÓN

Porvenir SA, expresó como motivos de inconformidad en contra del numeral quinto de la sentencia, sobre la orden de devolución de sumas indexadas, y que la indexación ordenada excluye o compensa los rendimientos financieros que se

ordenó devolver; y que se revoque la condena en costas debido a que su actuar ha sido precedido por el principio de buena fe.

Skandia SA solicita la revocatoria parcial del numeral quinto y octavo de la sentencia, cuestiona la condena de la devolución de los rubros debidamente indexados. Y frente a la responsabilidad de la llamada en garantía, solicita que se condene a esta a restituir las sumas por concepto de primas de reaseguros.

Colpensiones manifestó en la sustentación del recurso, que la decisión de la actora fue libre y voluntaria, que la actora decidió afiliarse al RAIS y contrario a lo que manifestó en el interrogatorio que sí conocía las características y diferencias entre ambos regímenes; que no existe error que vicie el consentimiento, y que en realidad se presenta un error de derecho, y que los afiliados no pueden excusarse en el desconocimiento de la ley; que por la edad y para no violar el principio de estabilidad financiera, podría provocar la descapitalización del sistema. Solicito también el relevo de costas, por ser una entidad que no intervino de forma directa en la decisión del traslado.

1.6. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

La apoderada de Colpensiones presenta sus alegatos, indicando que se debe revocar la sentencia de primera instancia en razón que existe una prohibición legal para el traslado de la demandante, al no haberse acreditado la ocurrencia de un vicio del consentimiento. De igual forma, asegura que no pueden imponerse a las AFP cargas accesorias para la vinculación de sus afiliados. Finalmente, trae a colación la descapitalización del régimen de prima media (pdf. 6, C02).

El apoderado de **Porvenir SA** insistió en sus **argumentos del recurso**, expresando que no se configuraron los presupuestos de la ineficacia del traslado de régimen pensional, dado que se realizó de manera libre, voluntaria y consiente, tal y como se expresó en el formulario de afiliación y la entidad cumplió con la normatividad vigente, pudiendo la accionante trasladarse en cualquier tiempo; que se apreció erróneamente el deber de información y que la interesada no hizo uso de su facultad de derecho de retracto. Cuestiona también la devolución de emolumentos indexados (pdf. 11, idem).

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

2.1. PRESUPUESTOS PROCESALES Y ALCANCE DEL RECURSO.

Conoce la Sala de los recursos de apelación y de la consulta de la sentencia a favor de Colpensiones de conformidad con lo señalado en los artículos 66A y 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

2.2. PROBLEMA JURÍDICO

Esta Sala analizará, si acertó el juez al declarar la ineficacia del traslado de la demandante Marlene Manrique al RAIS, con el consecuente regreso al RPM administrado por Colpensiones, y establecer las consecuencias derivadas de ello.

2.3. HECHOS RELEVANTES PROBADOS

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: i) cotizó al RPM a través del ISS hoy Colpensiones desde el 12 de julio de 1982, como lo acredita la historia laboral aportada con el expediente administrativo; ii) el 1 de abril de 1994 **se trasladó al RAIS** administrado por **Colfondos** mediante la suscripción del formulario de afiliación el 27 de febrero de 1994 (pág. 72, pdf. 14, *idem*), y presentó las siguientes migraciones dentro del RAIS: a Colpatria hoy Porvenir SA mediante la suscripción del formulario de afiliación de la fecha 28 de septiembre de 1999, a la AFP BBVA Horizonte hoy Porvenir SA mediante suscripción del formulario de afiliación de fecha 29 de septiembre de 2000.

2.4. INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL.

El primer aspecto es recordar que, según el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, la selección de cualquiera de los regímenes previstos en el literal a) de esa disposición es libre y voluntaria, de manera que, cuando cualquier persona natural o jurídica, desconozca ese derecho, se hará acreedor a las sanciones del inciso 1º del artículo 271 de la misma ley, de acuerdo con la cual, cualquier persona que atente contra el derecho del trabajador a su afiliación, traerá como consecuencia que la afiliación quede sin efecto.

Aunque la afiliación es libre y voluntaria, las administradoras de pensiones están compelidas a cumplir con el deber de información, por lo que la decisión de traslado

debe estar precedida del cumplimiento de ese mandato, tal como lo dispone el artículo 97, numeral 1° del Decreto 663 de 1993, que la misma debe ser transparente a los afiliados, *«de suerte que les permita, mediante elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado y tomar decisiones informadas»*.

Por información necesaria, la Sala de Casación Laboral ha afirmado que comprende:

(...)la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones», y respecto a la transparencia, ha explicado que implica la obligación de dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, «los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios» (CSJ SL1452-2019, reiterada en SL1688-2019 y SL1689-2019).

Así, el fondo de pensiones es responsable de proporcionar e indicar a la usuaria que pretende trasladarse de régimen, los elementos determinantes para tomar una decisión informada. En ese orden, el traslado no surte efectos cuando se le oculta información o no se le brinda en forma completa, porque en ese caso no existe una decisión verdaderamente libre y voluntaria, ya que la determinación de trasladarse de régimen pensional puede variar según la información que se brinde (sentencias CSJ SL373-2021 MP Clara Cecilia Dueñas Quevedo; CSJ SL12136-2014 MP Elsy del Pilar Cuello Calderón y CSJ SL17595-2017 sentencia de instancia).

Por lo tanto, no es posible evidenciar un verdadero consentimiento informado en quien carece de los elementos suficientes para adoptar una decisión adecuada a sus circunstancias particulares, de manera que es insuficiente afirmar que la afiliada expresó su voluntad al permanecer en el RAIS y que su vinculación conserva validez, cuando todas las administradoras a las que estuvo vinculada, hoy convocadas a esta litis; incumplieron la obligación de brindarle la información necesaria, en obediencia a lo establecido en los artículos 2 y 12 del Decreto 663 de 1993, vigentes a la fecha del traslado y de la migración entre el RAIS.

De este modo, como la afiliada adujo la falta de información o la mala entrega de esta por parte de las AFP, éstas tienen sobre sí la carga de demostrar el cumplimiento de esa obligación, por cuanto: *«la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo»* (artículo 1604 CC), en ese orden, Skandia SA, Porvenir SA y Colfondos SA eran quienes debían probar en contrario, es decir,

que sí proporcionaron la información completa y suficiente, en las etapas preparatorias y previas al traslado, porque cuentan con los medios técnicos y los conocimientos respecto a los servicios que ofrecen, es decir, era quienes debían arrojar elementos de convicción respectivamente en el proceso que se brindó una asesoría personalizada y completa a la demandante al momento de su traslado, y/o migración en el mismo, analizando las circunstancias particulares de su caso.

Se reitera que la carga de la prueba, sin importar la circunstancia particular de la afiliada, está a cargo de las AFP, toda vez que: (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuar 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 es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento, y (iii) no es razonable invertir la carga de la prueba en contra de la otra parte de la relación contractual, ya que las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia respecto al afiliado lego (CSJ SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689-2019 y SL4426-2019).

En ese orden, la constatación de que se cumplió con el deber de información es ineludible, por lo que la simple firma del formulario de afiliación es insuficiente para acreditar el consentimiento informado de la afiliada. Este es el criterio postulado por la CSJ en su Sala Laboral, en la sentencia SL19447-2017:

el acto de afiliación o traslado de régimen pensional debe estar acompañado de la decisión libre y voluntaria del afiliado, la cual no se limita a la simple manifestación de quien decide trasladarse, sino que debe ajustarse a los parámetros de libertad informada, es decir, la solicitud y trámite de traslado de régimen pensional, debe estar precedida de una información clara, comprensible y suficiente, sobre las consecuencias favorables y desfavorables que su decisión acarrea» (CSJ SL7561-2021, CSJ SL5595-2021, CSJ3719-2021),

Ahora, el hecho de que la afiliada hubiese suscrito el formulario de vinculación o que en el mismo se empleen leyendas o afirmaciones tales como que «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otras similares que suelen consignarse en los formatos preimpresos, no liberan a las AFP de su obligación de cumplir de manera rigurosa y de buena fe su deber de información. A lo sumo, estas expresiones sirven para acreditar un consentimiento

sin vicios, pero no uno debidamente informado (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31314, SL, 22 nov. 2011, rad. 33083, SL4964-2018, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018, SL1421-2019 y SL2877-2020).

El argumento referente a que se impone una obligación inexistente al momento de la vinculación no es acertado por cuanto desde la creación de las AFP, estaban compelidas a suministrar información objetiva, comparada y transparente sobre las características, **ventajas y desventajas** de cada uno de los regímenes pensionales, así como de las **consecuencias jurídicas del traslado**, como lo preceptúa el artículo 97, numeral 1º del Decreto 663 de 1993, en armonía con el artículo 13, literal b) de la Ley 100 de 1993 (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689-2019, SL3464-2019, SL4360-2019, SL2611-2020, SL4806-2020 y SL373-2021).

En sus deberes estaba informar, por ejemplo, de las diferentes modalidades pensionales, que el valor de la pensión de vejez en el RAIS depende del capital consignado en la cuenta de ahorro individual; que si no completa el capital suficiente para obtener por lo menos una pensión mínima -equivalente al 110% del SMLMV a la fecha de expedición de la Ley 100 de 1993, actualizado con el IPC (Índice de Precios al Consumidor), debe seguir cotizando, si es o no beneficiaria del régimen de transición pensional y las ventajas que se derivan del mismo, así como efectuarle las proyecciones aritméticas y los comparativos necesarios hacia el futuro de ambas opciones, con el cálculo aproximado del monto pensional que le correspondería, y en fin, mostrarle a la afiliada **con detalle**, las ventajas y desventajas de tomar la decisión de traslado de régimen pensional, para que la misma sea realmente libre y voluntaria. Labor que debe trascender al «*deber del buen consejo*», como lo ha señalado la jurisprudencia laboral, en la medida que es responsabilidad de dichas administradoras y de sus promotores y/o asesores, velar por la información entregada a sus usuarios -art. 10 D.720/94- por el cual se reglamentaron los artículos 105 y parcialmente el 287 de la Ley 100 de 1993.

Ahora, aunque Porvenir SA y Colpensiones insistieron en sus alegatos que a la demandante le brindaron la asesoría requerida suficiente para el caso, y destacaron que tenía conocimiento de ambos regímenes, la Sala no encuentra demostración que rebata la negación indefinida de la actora de que no la recibió. Observándose que no confesó ni aceptó que conocía el régimen, por el contrario, solo permitió evidenciar un conocimiento vago o somero, mas no que conociera todas las

características de ambos regímenes, las ventajas, desventajas y consecuencias que implicaba su traslado.

Bajo tales premisas, la Sala concluye que se incumplió uno de los presupuestos para la eficacia del acto de traslado de régimen pensional, como es, el deber de información, cuya ausencia, dada su incidencia en el derecho a la pensión de vejez, trae como consecuencia la declaración de ineficacia del traslado, y que las cosas vuelvan al estado anterior en el que se encontraban antes de aquella, como que la demandante nunca se trasladó al RAIS. Razón por la que en este punto se confirmará la decisión de primer grado.

2.5. CONSECUENCIAS DE LA DECLARATORIA DE INEFICACIA DEL TRASLADO.

Bajo esa tesitura, la declaración de ineficacia de traslado implica que las cosas vuelven al mismo estado en que se hallarían de no haber existido el cambio, esto es, se priva de todo efecto práctico al traslado *«bajo la ficción jurídica de que aquella nunca se trasladó al RAIS o, más bien, siempre estuvo afiliada al régimen de prima media con prestación definida»* (CSJ SL1689-2017).

Reflexiona la Corporación que la consecuencia jurídica es que **todos aquellos actos jurídicos que se celebraron con posterioridad a la suscripción de dicha afiliación pierden su fuerza vinculante**; por lo que es legítimo que Porvenir SA, Skandia y Colfondos trasladen a Colpensiones no solo el saldo de la cuenta de ahorro individual con los rendimientos financieros, sino también, los porcentajes destinados a gastos de administración, primas de seguros previsionales y al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados, **sin que ninguna de las AFP pueda conservar ningún valor descontado de la cotización**, como lo ha determinado la jurisprudencia uniforme de nuestro órgano de cierre jurisdiccional desde la sentencia con Rad 31989 del 9 de sept/08, M.P. Eduardo López Villegas, reiterada en las SL 4989 y 4964 del 14 de nov/18, radicados 47.125 y 54.814, respectivamente, M.P. Gerardo Botero Zuluaga, SL 1688 del 8 mayo/19, SL 2877 del 29/07/2020, Rad. 78667, M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, SL 3034 Rad. 86961 del 07/07/2021; 3571 Rad. 88476 del 04/08/2021; 3708 Rad 88556 del 18/08/2021; 3709 Rad. 88875 y 3710 Rad. 88550 del 18/08/2021; 3769 Rad, 84296 del 11/08/2021, SL755 Rad 90519, SL756 Rad 90548 del 09/03/2022 y SL1019 Rad

87915 del 16/03/2022, M.P Luis Benedicto Herrera Díaz; y SL843 Rad 85499 del 16/03/2022 M.P Gerardo Botero Zuluaga.

Bajo tales supuestos, no comparte la Sala los argumentos relativos a la no devolución de las cuotas de administración, primas de reaseguro y fondo de garantía de pensión mínima, por cuanto si bien del artículo 20 de la Ley 100 de 1993 se desprende que los mismos están previstos tanto para el RPM como para el RAIS, y en los artículos 60 y 104 de la referida ley se establece su pago a cargo de los afiliados, lo cierto es que ante la declaratoria de la ineficacia del traslado de régimen pensional, al volver las cosas al estado en el que se encontraban antes de la misma, éstos no se pueden generar en favor de la Administradora del Fondo privado de pensiones demandada sin atender a motivos de que su actuación estuvo revestida de buena fe por su gestión.

Frente a lo correspondiente con la orden de indexación de las condenas, a la cual también se opuso la Skandia y Porvenir, se conceptúa que hay lugar a la indexación de los gastos de administración, las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y los aportes al fondo de garantía de pensión mínima, ceñida a los parámetros establecidos recientemente por nuestro órgano de cierre, en sentencias SL 359-2021 y especialmente la SL 950 de 2022, en las que se señala:

... 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 sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones. Criterio que resulta igualmente aplicable respecto del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.

Lo anterior si se entiende que los rendimientos de los aportes con los cuales alegan los recurrentes se compensa la pérdida del valor adquisitivo de los aportes, dependa de que los mismos se causen y si se tiene en cuenta que son factores de que dependen de las variables económicas del mercado, pueden causarse o no, por ello ante la falta de certeza de su existencia, es con la indexación que se solventa.

De la obligatoriedad del pago del seguro previsional para el financiamiento y monto de la pensión de sobrevivientes y de invalidez tanto en el RAIS como en el RPM, la jurisprudencia ha conceptuado en sentencias como la SL1964 de 2022 lo siguiente:

Estos seguros, de naturaleza especial, se encuentran incluidos dentro del propio concepto de régimen de ahorro individual con solidaridad ya que conforme al artículo 59 de la Ley 100 de 1993 este régimen «es el conjunto de entidades, normas y procedimientos, mediante los cuales se administran los recursos privados y públicos destinados a pagar las pensiones y prestaciones que deban reconocerse a sus afiliados, de acuerdo con lo previsto en este Título». y dentro de las características del artículo 60 literales a) y b) se encuentra que:

ARTICULO 60. Características. El Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad tendrá las siguientes características:

a) Los afiliados al régimen tendrán derecho al reconocimiento y pago de las pensiones de vejez, de invalidez y de sobrevivientes, así como de las indemnizaciones contenidas en este Título, cuya cuantía dependerá de los aportes de los afiliados y empleadores, sus rendimientos financieros, y de los subsidios del Estado, cuando a ellos hubiere lugar.

b) . Una parte de los aportes mencionados en el literal anterior, se capitalizará en la cuenta individual de ahorro pensional de cada afiliado. Otra parte se destinará al pago de primas de seguros para atender las pensiones de invalidez y de sobrevivientes y la asesoría para la contratación de la renta vitalicia, financiar el Fondo de Solidaridad Pensional y cubrir el costo de administración del régimen.

Lo cual se ratifica en los artículos 70 y 76 del estatuto pensional, al contemplar como una de las fuentes financieras para honrar el pago de las pensiones de invalidez y sobrevivientes, la suma adicional necesaria para completar el capital que financie el monto de la pensión, la cual está a cargo del asegurador, cuya contratación es obligación de la administradora pensional y, así lo ha reconocido esta Sala como se evidencia en la sentencia CSJ SL4248-2021, así:

[...] Respecto a los argumentos relacionados con el seguro previsional, baste reiterar lo asentado en providencia CSJ SL778-2021, en cuanto a que por el simple hecho de proferirse condena en contra del fondo privado de pensiones por la prestación de sobrevivientes reclamada, a la entidad aseguradora, por disposición de la misma ley de la seguridad social, se le extienden sus efectos en calidad de garante y, por lo tanto, tendrá la obligación de cubrir la suma adicional necesaria para completar el capital que financie el monto de la mencionada pensión.

Sobre el particular también se pronunció esta Sala en la sentencia CSJ SL, 2 oct. 2007, rad. 30252, reiterada en las decisiones CSJ SL5429-2014, CSJ SL6094-2015, CSJ SL1363-2018, CSJ SL4204-2018 y CSJ SL5603-2019.”

Amén de que ha sido reiterado el precedente que obliga a las AFP a cumplir la orden de devolución de aportes al RPM con cargo a sus propias utilidades o patrimonio, como en la sentencia SL3464 de 2019 donde se conceptuó:

Por esto mismo, la Sala ha adocinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019).

Por consiguiente, se confirmará la orden a la AFP de devolver a Colpensiones todos los conceptos ordenados en primera instancia, debidamente indexados.

Sobre los reparos de **Skandia** SA que no hay lugar a la devolución del seguro previsional de invalidez y muerte porque se devolvieron a la aseguradora Mapfre, aun cuando las AFP suscriban un contrato de seguro para amparar los riesgos de invalidez y muerte; éste acto es independiente de la cuenta de ahorro del afiliado quien dicho sea de paso, no tiene la potestad de escoger para su beneficio una u otra aseguradora, sino que de acuerdo con la naturaleza jurídica del aseguramiento en el RAIS se pacta para que en caso de que el capital del afiliado no alcance a financiar el monto de la pensión que se cause por las contingencias de invalidez o muerte, pueda ser cubierto; pero la misma norma indica que los montos que se acumulen no harán parte del capital para financiar pensiones salvo que así lo disponga el afiliado.

En sede del grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, la Sala adicionará la decisión para precisar que todas las obligaciones de traslado impuestas a Skandia, deberán hacerse con el suministro de la información prevista en el artículo 2.2.2.4.8 del Decreto 1833 de 2016 -por medio del cual se compilan las normas del Sistema General de Pensiones-, dentro de los 30 días siguientes a la sentencia emitida, y entregando la historia laboral de la afiliada con la información discriminada y detallada por cada período cotizado, especificando cada valor, *“...junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen ...”*.

2.6. PRESCRIPCIÓN

En cuanto a la excepción de prescripción no está llamada a prosperar por cuanto la acción que involucra el tema de traslado de régimen pensional guarda relación inescindible con la causación, requisitos y valor de la pensión, ante ello se debe predicar la imprescriptibilidad de la presente acción, ver al respecto Sentencia SL-1421 de 2019, Radicado No. 56174 de 10 de abril de 2019.

En efecto, de manera reiterada y pacífica, la SCL de la Corte ha defendido la tesis de que las acciones judiciales encaminadas a que se compruebe la manera en que ocurrió un hecho o se reconozca un estado jurídico, son imprescriptibles. Lo anterior, bajo la premisa de que ni los hechos ni los estados jurídicos prescriben, a diferencia de lo que ocurre con los derechos de crédito y obligaciones que de ello surjan.

2.8. COSTAS PROCESALES.

Con relación a la imposición de las costas a cargo de Colpensiones, debemos tener en cuenta que la condena que se emite en su contra no es por su actuar negligente u omisivo, sino que es la consecuencia de la ineficacia de una afiliación por la desidia que tuvo un tercero, en este caso la AFP, con la demandante; así que las condenas que hoy asume Colpensiones surgen de la declaratoria de ineficacia, por lo que no hay lugar a condenar a esta codemandada a las costas de primera instancia, y en tal sentido se revocará parcialmente el numeral quinto de la sentencia objeto de alzada.

Costas de segunda instancia a cargo de Porvenir SA y Skandia SA y en favor de la demandante, por resultar vencida en el recurso, las agencias en derecho se fijan en \$1.300.000 para cada una de las recurrentes vencidas; sin costas en esta instancia a cargo de Colpensiones dada la prosperidad parcial de los recursos.

Conforme con las razones fácticas, probatorias y de derecho expuestas en precedencia, la sentencia revisada en apelación y consulta se revoca parcialmente, adicionará y confirmará.

En mérito de lo expuesto, la **SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ DC**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

IV. DECIDE:

PRIMERO: Adicionar el numeral tercero de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá DC, el 19 de abril de 2023 dentro del proceso promovido por **Marlene Manrique** contra las AFP Porvenir SA, Colfondos SA, Skandia SA y Colpensiones, para en su lugar:

TERCERO: ORDENAR a SKANDIA S.A., realizar el traslado de los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual de la señora Marlene Manrique a COLPENSIONES, junto con sus respectivos intereses, rendimientos y

bonos pensionales a que haya lugar, dentro de los 30 días siguientes a la sentencia emitida, como se expuso en la parte considerativa.

SEGUNDO: Confirmar la sentencia a lo demás, por las razones antes anotadas.

TERCERO: Costas de segunda instancia a cargo de Porvenir SA y Skandia SA y en favor de la demandante, por resultar vencida en el recurso, las agencias en derecho se fijan en \$1.300.000 para cada una de las recurrentes vencidas; sin costas en ambas instancias a cargo de Colpensiones dada la prosperidad parcial de los recursos y la revocatoria parcial de la condena en primera instancia.

Notifíquese lo resuelto por **edicto, publíquese y cúmplase,**

Los magistrados,



CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO

Magistrada Ponente



LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ

Magistrada



RAFAEL ALBEIRO CHAVARRO POVEDA

Magistrado



DEMANDANTE:	Doris Gisela Parra Vargas
DEMANDADA:	Colpensiones y Porvenir SA
TIPO DE PROCESO	Ordinario Laboral
TEMA	Ineficacia
DECISIÓN:	Modifica, adiciona y confirma
RADICADO Y LINK:	11001310500520190081001 11001310500520190081001

En Bogotá DC, a los veintidós (22) días de marzo de dos mil veinticuatro (2024), la Sala Segunda de Decisión Laboral, conformada por los **Magistrados Luz Marina Ibáñez Hernández, Rafael Albeiro Chavarro Poveda, y Claudia Angélica Martínez Castillo**, quien actúa como ponente, se reunió para resolver los recursos de apelación interpuestos por **Colpensiones**, y el grado jurisdiccional de consulta que se surte en favor de esta, frente a la decisión adoptada por el **Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá DC**, en el proceso ordinario adelantado por la señora **Doris Gisela Parra Vargas** en contra de las demandadas.

Una vez agotado el procedimiento previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la Sala profiere, por escrito, la siguiente:

SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

I. ANTECEDENTES:

1.1. PRETENSIONES.

Pretende la demandante la declaratoria de nulidad o ineficacia de su vinculación y traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -en adelante -RAIS- administrado por AFP Porvenir desde diciembre de 1998; que se declare que permanecido afiliada sin solución de continuidad en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida -en adelante RPM- hoy administrado por Colpensiones. En consecuencia, se ordene a Porvenir SA, trasladar a Colpensiones la totalidad de los aportes junto con sus rendimientos y/o intereses moratorios y a Colpensiones a recibir los aportes; extra y ultra petita; costas y agencias en derecho (pág. 5-6, pdf. 01, C01).

1.2. HECHOS

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que estuvo afiliada al Instituto de Seguros Sociales hoy Colpensiones desde el 04 de enero de 1981 al 30 de noviembre de 1998 cuando se trasladó al RAIS a través de Porvenir (Pág. 82, pdf. 11, *idem*); pero que dicha decisión no fue informada, autónoma y consciente, ya que no se le brindó una asesoría completa, integral y veraz donde se le explicaran los beneficios y desventajas del traslado de régimen pensional. Señaló que solicitó la nulidad de la afiliación ante Colpensiones y Porvenir SA, y que fue despachada desfavorablemente.

1.3. TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA.

Admitida la demanda e integrada la litis, las demandadas se pronunciaron de forma oportuna, así:

Colpensiones, se opuso a las pretensiones de la demanda, pero aceptó los hechos relacionados a la fecha de nacimiento de la demandante, a la vinculación al RPMPD; que el actor presentó el agotamiento de la reclamación administrativa, solicitud que fue negada. Se opuso a las pretensiones de la demanda y para derruirlas formuló las excepciones de inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, responsabilidad sui generis de las entidades de seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema, buena fe, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, innominada o genérica (pdf. 06, *ídem*).

Porvenir SA contestó que son ciertos los hechos referentes a la afiliación a la AFP Porvenir, además de negar los hechos respecto al traslado, en cuanto a que según su dicho se hizo de forma informada, libre y voluntaria. Se opuso a las pretensiones de la demanda. Formuló como excepciones las de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, innominada o genérica (pdf. 11, *C01*).

1.4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá DC, mediante sentencia del 2 de diciembre de 2022, dispuso:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de traslado de régimen pensional de prima media al de ahorro individual, realizado por la señora DORIS GISELA PARRA VARGAS a través de PORVENIR S.A.

SEGUNDO ORDENAR a PORVENIR S.A., que traslade a COLPENSIONES el valor las cotizaciones efectuadas junto con los rendimientos, frutos e intereses y a COLPENSIONES a recibir los aportes de la demandante procediendo a actualizar su historia laboral.

TERCERO: COSTAS a cargo de PORVENIR S.A., inclúyase como agencias en derecho la suma de cuatro (4) S.M.M.V.

CUARTO: En caso de que este fallo no fuere apelado, consúltese a favor de COLPENSIONES.

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 la AFP no demostró haberle suministrado a la actora información relevante, veraz y completa respecto del cambio de régimen y las modalidades de pensión en ese régimen, y que los formularios de vinculación por sí solos no constituyen prueba suficiente para dar por establecido que la información fue veraz, ni menos se probó el consentimiento informado para tomar la decisión de traslado la afectación del riesgo de la sostenibilidad financiera.

Respecto a las consecuencias o restituciones producto del traslado, el a quo dispuso que PORVENIR S.A., que traslade a COLPENSIONES el valor las cotizaciones efectuadas junto con los rendimientos, frutos e intereses y a COLPENSIONES a recibir los aportes de la demandante procediendo a actualizar su historia laboral.

1.5. RECURSO DE APELACIÓN

Colpensiones apeló parcialmente en relación que se debe trasladar la totalidad de las cotizaciones de la demandante, por lo que, si las cosas vuelven a su estado anterior, no resultaría lógico que las AFP se abstengan de reintegrar algunas sumas.

1.6. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Colpensiones manifestó que es viable la orden a la AFP de reintegrarlas, con cargo a sus propios recursos, los valores utilizados en seguros previsionales y cuotas de garantía de pensión mínima, sumas que deben pagarse indexadas. De igual manera, indica que la ineficacia de traslado no sólo acarrea, a cargo de la AFP, la devolución de las cuotas de administración sino de toda suma que se hubiere utilizado por ejemplo para los seguros previsionales y las cuotas de garantía de pensión mínima, sumas que deben pagarse debidamente indexadas con el fin de superar el deterioro del dinero en el tiempo (pdf. 06, C02).

Porvenir SA expresó que no se probaron los elementos constitutivos de la nulidad absoluta o relativa del acto de traslado, ni que se haya configurado un vicio del consentimiento, por el contrario, el traslado se realizó de manera libre, voluntaria y consiente, de acuerdo con el formulario de afiliación suscrito por la demandante, y que ésta no hizo uso del traslado para retornar al RPM. Respecto del pago de la devolución de los gastos de administración y de los

seguros previsionales, recordó que tienen una destinación específica, y los Quintos fueron trasladados a la compañía aseguradora con la que se contrató la cobertura, con la finalidad de proporcionar al afiliado el aseguramiento de los riesgos de invalidez y muerte, por ello las invirtió conforme con la estructura del RAIS, y por ello no procede su devolución (pdf. 10, *idem*).

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

2.1. PRESUPUESTOS PROCESALES Y ALCANCE DEL RECURSO.

Conoce la Sala del recurso de apelación y de la consulta de la sentencia a favor de Colpensiones de conformidad con lo señalado en los artículos 66A y 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

2.2. PROBLEMA JURÍDICO

Esta Sala analizará, si acertó el juez al declarar la ineficacia del traslado de la demandante Doris Gisela Parra Vargas al RAIS, con el consecuente regreso al RPM administrado por Colpensiones, y establecer las consecuencias derivadas de ello.

2.3. HECHOS RELEVANTES PROBADOS

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: i) la demandante nació el 14 de enero de 1960 (pág. 28, pdf. 01, C01); ii) cotizó al RPM a través del ISS hoy Colpensiones desde el 04 de abril de 1981 (pág. 34, *ídem*); iii) el 1 de diciembre de 1998 se trasladó al RAIS administrado por Porvenir SA mediante la suscripción del formulario de afiliación fechado 07 de octubre de 1998 (pág. 80-82, pdf. 11, *ídem*), como se acredita con la historial laboral de Porvenir SA (pág. 145, *idem*) administradora en la que actualmente se encuentra afiliada con un total de 1831 semanas conforme la historia laboral aportada.

2.4. INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL.

El primer aspecto es recordar que, según el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, la selección de cualquiera de los regímenes previstos en el literal a) de esa disposición es libre y voluntaria, de manera que, cuando cualquier persona natural o jurídica, desconozca ese derecho, se hará acreedor a las sanciones del inciso 1º del artículo 271 de la misma ley, y en virtud de ésta norma, cualquier persona que atente contra el derecho del trabajador a su afiliación, traerá como consecuencia que la afiliación quede sin efecto.

Aunque la afiliación es libre y voluntaria, las administradoras de pensiones están compelidas a cumplir con el deber de información, por lo que la decisión de traslado tiene que estar precedida del cumplimiento de ese mandato, tal como lo dispone el artículo 97, numeral 1° del Decreto 663 de 1993, que la misma debe ser transparente a los afiliados, *«de suerte que les permita, mediante elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado y tomar decisiones informadas»*.

Por información necesaria, la Sala de Casación Laboral ha afirmado que comprende:

(...)la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones», y respecto a la transparencia, ha explicado que implica la obligación de dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, «los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios» (CSJ SL1452-2019, reiterada en SL1688-2019 y SL1689-2019).

Así, el fondo de pensiones es responsable de proporcionar e indicar al usuario que pretende trasladarse de régimen, los elementos determinantes para tomar una decisión informada. En ese orden, el traslado no surte efectos cuando se le oculta información o no se le brinda en forma completa, porque en ese caso no existe una decisión verdaderamente libre y voluntaria, ya que la determinación de trasladarse de régimen pensional puede variar según la información que se brinde (sentencias CSJ SL373-2021 MP Clara Cecilia Dueñas Quevedo; CSJ SL12136-2014 MP Elsy del Pilar Cuello Calderón y CSJ SL17595-2017 sentencia de instancia).

Por lo tanto, no es posible evidenciar un verdadero consentimiento informado en quien carece de los elementos suficientes para adoptar una decisión adecuada a sus circunstancias particulares, de manera que es insuficiente afirmar que la afiliada expresó su voluntad al permanecer en el RAIS y que su vinculación conserva validez, cuando la administradora incumplió la obligación de brindarle la información necesaria, en obediencia a lo establecido en los artículos 2 y 12 del Decreto 663 de 1993, vigentes a la fecha del traslado y de la migración entre el RAIS.

De este modo, como la afiliada adujo la falta de información o la mala entrega de ésta por parte de la AFP, la administradora tiene sobre sí la carga de demostrar el cumplimiento de esa obligación, por cuanto: *«la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo»* (artículo 1604 CC), en ese orden, Porvenir SA es quien debe probar en contrario, es decir, que sí proporcionó la información completa y suficiente, en las etapas preparatorias y previas al traslado. Como la entidad cuenta con los medios técnicos y los conocimientos respecto a los servicios que ofrece, era quien debía probar que brindó una asesoría integral y completa a la demandante al momento de su traslado, y/o migración en el mismo, analizando las circunstancias particulares de su caso.

Se reitera que la carga de la prueba, sin importar la circunstancia particular de la afiliada, está a cargo de las AFP, toda vez que: (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuar 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 es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento, y (iii) no es razonable invertir la carga de la prueba en contra de la otra parte de la relación contractual, ya que las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia respecto al afiliado lego (CSJ SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689-2019 y SL4426-2019).

En ese orden, la constatación de que se cumplió con el deber de información es ineludible, por lo que la simple firma del formulario de afiliación es insuficiente para acreditar el consentimiento informado de la afiliada. Este es el criterio postulado por la CSJ en su Sala Laboral, en la sentencia SL19447-2017:

el acto de afiliación o traslado de régimen pensional debe estar acompañado de la decisión libre y voluntaria del afiliado, la cual no se limita a la simple manifestación de quien decide trasladarse, sino que debe ajustarse a los parámetros de libertad informada, es decir, la solicitud y trámite de traslado de régimen pensional, debe estar precedida de una información clara, comprensible y suficiente, sobre las consecuencias favorables y desfavorables que su decisión acarrea» (CSJ SL7561-2021, CSJ SL5595-2021, CSJ3719-2021),

Ahora, el hecho de que la afiliada hubiese suscrito el formulario de vinculación o que en el mismo se empleen leyendas o afirmaciones tales como que «*la afiliación se hace libre y voluntaria*», «*se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones*» u otras similares que suelen consignarse en los formatos preimpresos, no liberan a las AFP de su obligación de cumplir de manera rigurosa y de buena fe su deber de información. A lo sumo, estas expresiones sirven para acreditar un consentimiento sin vicios, pero no uno debidamente informado (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31314, SL, 22 nov. 2011, rad. 33083, SL4964-2018, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018, SL1421-2019 y SL2877-2020).

El argumento referente a que se impone una obligación inexistente al momento de la vinculación no es acertado por cuanto desde la creación de las AFP, estaban compelidas a suministrar información objetiva, comparada y transparente sobre las características, **ventajas y desventajas** de cada uno de los regímenes pensionales, así como de las **consecuencias jurídicas del traslado**, como lo preceptúa el artículo 97, numeral 1º del Decreto 663 de 1993, en armonía con el artículo 13, literal b) de la Ley 100 de 1993 (CSJ: SL1452-2019, SL1688-

2019, SL1689-2019, SL3464-2019, SL4360-2019, SL2611-2020, SL4806-2020 y SL373-2021).

En sus deberes estaba informar, verbigracia, las diferentes modalidades pensionales, que el valor de la pensión de vejez en el RAIS depende del capital consignado en la cuenta de ahorro individual; que si no completa el capital suficiente para obtener por lo menos una pensión mínima -equivalente al 110% del SMLMV a la fecha de expedición de la Ley 100 de 93, actualizado con el IPC (Índice de Precios al Consumidor), debe seguir cotizando, si es o no beneficiaria del régimen de transición pensional y las ventajas que se derivan del mismo, así como efectuarle las proyecciones aritméticas y los comparativos necesarios hacia el futuro de ambas opciones, con el cálculo aproximado del monto pensional que le correspondería, y en fin, mostrarle a la afiliada **con detalle**, las **ventajas y desventajas** de tomar la decisión de traslado de régimen pensional, para que la misma sea realmente libre y voluntaria.

Luego hay que insistir en que, la labor del funcionario del fondo privado de pensiones en el momento previo a hacer efectivo el traslado de régimen, debe trascender al «*deber del buen consejo*», como lo ha señalado la jurisprudencia laboral, en la medida que es responsabilidad de dichas administradoras y de sus promotores y/o asesores, velar por la información entregada a sus usuarios -art. 10 D.720/94- por el cual se reglamentaron los artículos 105 y parcialmente el 287 de la Ley 100 de 1993.

Ahora, aunque Porvenir SA haya afirmado al contestar la demanda que a la demandante le brindaron la asesoría requerida suficiente para el caso, y del derecho que tenía de trasladarse de régimen pensional, la Sala no encuentra demostración de que rebata la negación indefinida de la actora que no la recibió. La demandante no confesó ni aceptó que conocía el régimen, que ante ella se acercó un empleado del fondo, quien le expuso una serie de beneficios, pero no le señaló los pros y contras de su decisión, además le hizo incurrir en error indicándole que el ISS sería liquidado, indicando que no hubo una explicación profunda, por el contrario, dijo que no sabía efectivamente todas las características de ambos regímenes, las ventajas, desventajas y consecuencias de su traslado.

Por ello, la Sala concluye que se incumplió uno de los presupuestos para la eficacia del acto de traslado de régimen pensional, como es, el deber de información, cuya ausencia, dada su incidencia en el derecho a la pensión de vejez, trae como consecuencia la declaración de ineficacia del traslado, y que las cosas vuelvan al estado anterior en el que se encontraban antes de aquella, como que la demandante nunca se trasladó al RAIS. Razón por la que en este punto se confirmará la decisión de primer grado.

2.5. CONSECUENCIAS DE LA DECLARATORIA DE INEFICACIA DEL TRASLADO.

La declaratoria de ineficacia implica que las cosas vuelven al mismo estado en que se hallarían de no haber existido el cambio, esto es, se priva de todo efecto práctico al traslado *«bajo la ficción jurídica de que aquella nunca se trasladó al RAIS o, más bien, siempre estuvo afiliada al régimen de prima media con prestación definida»* (CSJ SL1689-2017).

Al declararse la ineficacia del traslado de la demandante del RPM al RAIS, **todos los actos jurídicos que se celebraron tras la suscripción de dicha afiliación pierden su fuerza vinculante**; por lo que es legítimo que Porvenir SA traslade a Colpensiones no solo los valores existentes en la cuenta de ahorro individual con los rendimientos financieros, sino también, los porcentajes destinados a gastos de administración, primas de seguros previsionales y al fondo de garantía de pensión mínima, **sin que la AFP pueda conservar ningún valor descontado de la cotización, como lo** ha determinado la jurisprudencia uniforme de nuestro órgano de cierre jurisdiccional desde la sentencia con Rad 31989 del 9 de sept/08, M.P. Eduardo López Villegas, reiterada en las SL 4989 y 4964 del 14 de nov/18, radicados 47.125 y 54.814, respectivamente, M.P. Gerardo Botero Zuluaga, SL 1688 del 8 mayo/19, SL 2877 del 29/07/2020, Rad. 78667, M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, SL 3034 Rad. 86961 del 07/07/2021; 3571 Rad. 88476 del 04/08/2021; 3708 Rad 88556 del 18/08/2021; 3709 Rad. 88875 y 3710 Rad. 88550 del 18/08/2021; 3769 Rad, 84296 del 11/08/2021, SL755 Rad 90519, SL756 Rad 90548 del 09/03/2022 y SL1019 Rad 87915 del 16/03/2022, M.P. Luis Benedicto Herrera Díaz; y SL843 Rad 85499 del 16/03/2022 M.P. Gerardo Botero Zuluaga.

En torno a la censura de Colpensiones relativos a la negativa de la devolución de las cuotas de administración, seguros previsionales y los aportes al fondo de garantía de pensión mínima, por cuanto si bien del artículo 20 de la Ley 100 de 1993 se desprende que los mismos están previstos tanto para el RPM como para el RAIS, y en los artículos 60 y 104 de la referida ley se establece su pago a cargo de los afiliados, lo cierto es que ante la declaratoria de la Ineficacia del traslado de régimen pensional, al volver las cosas al estado en el que se encontraban antes de la misma, estos no se pueden generar en favor de la Administradora del Fondo privado de pensiones demandada.

Sumado a ello se conceptúa que hay lugar a la indexación de los gastos de administración, las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y los aportes al fondo de garantía de pensión mínima, para menoscabo del detrimento patrimonial del RPMPD, conforme a los parámetros establecidos por nuestro órgano de cierre, en sentencias SL 359-2021 y especialmente la SL 950 de 2022, así:

... 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 sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones. Criterio que resulta igualmente aplicable respecto del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.

Y corroborado en el auto AL5492 de 2022, el cual expresó lo siguiente:

Ahora bien, en cuanto a las alegaciones planteadas, respecto del equilibrio económico pretendido por las normas de seguridad social, en razón del sostenimiento financiero, resulta pertinente indicar que la declaratoria de ineficacia del traslado no menoscaba el principio de sostenibilidad financiera del sistema, toda vez que la consecuencia de dicha figura jurídica, radica en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban, es decir, como si el cambio pensional no hubiera ocurrido; por lo tanto, los recursos que deben reintegrar los fondos privados a Colpensiones son utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas (CSJ SL2877-2020 y CSJ SL10222022).

Por consiguiente, se modificará la orden a la AFP de devolver a Colpensiones los aportes de la demandante junto con sus rendimientos, así como los gastos de administración, seguro previsional y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, en consonancia con los porcentajes de distribución estipulados en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, como se precisó en reciente jurisprudencia SL2048-2023, siendo estos tres conceptos los únicos sobre los cuales se dispuso la indexación.

Distinción que encuentra su asiento en que, por disposición legal, los aportes pensionales deben generar una rentabilidad mínima, con la cual compensar la pérdida del poder adquisitivo, siendo éste el argumento que sustenta la devolución de las cotizaciones con sus rendimientos causados; a diferencia de lo que ocurre con los restantes conceptos –gastos de administración - sumas destinadas al seguro previsional - montos dirigidos al fondo de garantía de pensión mínima-, que para el momento en que opere su devolución al RPMPD ya han sido afectados por el fenómeno de la depreciación, por ello la necesidad de ordenar su indexación, a fin de traerlos a valor presente.

Sin embargo, conviene aclarar que la actualización de los aportes solo opera si la AFP respectiva no pone a disposición de Colpensiones los conceptos ordenados en el plazo otorgado.

Por consiguiente, se modificará la devolución de todos los conceptos ordenados en primera instancia.

En sede de consulta en favor de Colpensiones, la Sala adicionará la decisión para precisar que todas las obligaciones de traslado impuestas a Porvenir SA, deberán hacerse con el

suministro de la información prevista en el artículo 2.2.2.4.8 del Decreto 1833 de 2016 -por medio del cual se compilan las normas del Sistema General de Pensiones-, dentro de los 30 días siguientes a la sentencia emitida, y entregando la historia laboral de la afiliada con la información discriminada y detallada por cada período cotizado, especificando cada valor, *“...junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen ...”*.

2.6. PRESCRIPCIÓN

La excepción de prescripción no está llamada a prosperar por cuanto la acción que involucra el tema de traslado de régimen pensional guarda relación inescindible con la causación, requisitos y valor de la pensión, ante ello se debe predicar la imprescriptibilidad de la presente acción, ver al respecto Sentencia SL-1421 de 2019, Radicado No. 56174 de 10 de abril de 2019.

En efecto, de manera reiterada y pacífica, la SCL de la Corte ha defendido la tesis de que las acciones judiciales encaminadas a que se compruebe la manera en que ocurrió un hecho o se reconozca un estado jurídico, son imprescriptibles. Lo anterior, bajo la premisa de que ni los hechos ni los estados jurídicos prescriben, a diferencia de lo que ocurre con los derechos de crédito y obligaciones que de ello surjan.

2.7 COSTAS DEL PROCESO

Sin costas en esta instancia, por haber prosperado de forma parcial el recurso interpuesto por la entidad Colpensiones.

Conforme con las razones fácticas, probatorias y de derecho expuestas en precedencia, la sentencia revisada en apelación y consulta se modifica, se adiciona y confirmará.

En mérito de lo expuesto, la **SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ DC**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

IV. DECIDE:

PRIMERO: Modificar y adicionar el numeral segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá DC, el 2 de diciembre de 2022 dentro del proceso promovido por Doris Gisela Parra Vargas contra AFP Porvenir y Colpensiones, en cuanto a que AFP Porvenir deberá trasladar a **Colpensiones**, dentro de los 30 días siguientes a la

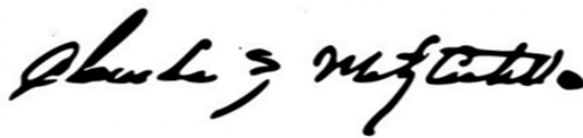
sentencia, además de los conceptos dispuestos en la primera instancia, los gastos de administración, sumas destinadas al seguro previsional y los montos dirigidos al fondo de garantía de pensión mínima, estos indexados, la historia laboral del afiliado con la información discriminada y detallada por cada período cotizado, especificando cada valor, con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen, según las consideraciones de esta sentencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia, como se dijo en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: Confirmar en lo demás la sentencia revisada en apelación y consulta, por los motivos antes expresados.

Notifíquese lo resuelto por **edicto, publíquese y cúmplase,**

Los magistrados,



CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO

Magistrada Ponente



LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ

Magistrada



RAFAEL ALBEIRO CHAVARRO POVEDA

Magistrado



DEMANDANTE:	Carlos Eduardo Pinto Robledo
DEMANDADA:	Colpensiones, Colfondos y Skandia.
VINCULADA:	Mapfre Seguros Colombia.
TIPO DE PROCESO	Ordinario Laboral
TEMA	Ineficacia
DECISIÓN:	Adiciona y confirma
RADICADO Y LINK:	11001310501120210042001 11001310501120210042001

En Bogotá DC, a los veintidós (22) días de marzo de dos mil veinticuatro (2024), la Sala Segunda de Decisión Laboral, conformada por los **Magistrados Luz Marina Ibáñez Hernández, Rafael Albeiro Chavarro Poveda, y Claudia Angélica Martínez Castillo**, quien actúa como ponente, se reunió para resolver el recurso de apelación interpuesto Skandia y **Colpensiones**, y el grado jurisdiccional de consulta que se surte en favor de esta, frente a la decisión adoptada por el **Juzgado Undécimo Laboral del Circuito de Bogotá DC**, en el proceso ordinario adelantado por el señor **Carlos Eduardo Pinto Robledo** en contra de las demandadas.

SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

I. ANTECEDENTES:

1.1. PRETENSIONES.

Pretende la demandante la declaratoria de nulidad o ineficacia de su vinculación y traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -en adelante -RAIS- administrado por AFP Colfondos y Skandia; que se declare que permaneció afiliada sin solución de continuidad en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida -en adelante RPM- hoy administrado por Colpensiones. En consecuencia, se ordene a Colfondos y Skandia, trasladar a Colpensiones la totalidad de los aportes junto con sus rendimientos y/o intereses moratorios y a Colpensiones a recibir los aportes; extra y ultra petita; costas y agencias en derecho (pág. 6, pdf. 01, C01).

1.2. HECHOS

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que se afilió al Instituto de Seguros Sociales hoy Colpensiones desde el mes de abril de 1988 al 25 de diciembre de 1996 cuando se trasladó al RAIS a través de Colfondos y luego en septiembre de 1998 se vinculó con la AFP Skandia; pero que dicha decisión no fue informada, autónoma y consciente, ya que no se le brindó una asesoría completa, integral y veraz donde se le explicaran los beneficios y desventajas del traslado de régimen pensional. Señaló que solicitó la nulidad de la afiliación ante Colpensiones, y que fue despachada desfavorablemente.

1.3. TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA.

Admitida la demanda e integrada la litis, las demandadas se pronunciaron de forma oportuna, así:

Skandia se opone a lo pretendido con la demanda; frente a los hechos de la demanda, acepta el hecho de la fecha de nacimiento del actor; niega los hechos referentes a la supuesta falta de información al momento del traslado a la AFP. Para derruir las pretensiones del extremo activo formula las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad y cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación (pdf. 04, idem).

La AFP Skandia llamo a juicio a la aseguradora Mapfre Seguros Colombia, esto con el fin de que esa entidad sea obligada a la devolución de las primas del seguro previsional.

Colfondos respondió a la demanda, manifestando que es cierto el hecho sobre la afiliación de la afiliada; niega la información dada al actor cuando se le dio, aduce que se le brindó la información amplia y suficiente para el traslado. Se opone a las pretensiones del extremo activo. Y formula las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación del actor a Colfondos, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación, innominada o genérica (pdf. 05, idem).

Colpensiones, se opuso a las pretensiones de la demanda, pero aceptó los hechos relacionados a la vinculación al RPMPD; que la actora presentó el agotamiento de la reclamación administrativa, solicitud que fue negada. Y para derruirlas formuló las

excepciones de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del código civil, ratificación de la voluntad de permanencia en el RAIS por existir actos de relacionamiento, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media, prescripción de la acción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas, innominada o genérica (pdf. 06, *ídem*).

Mediante providencia del 3 de febrero de 2023, el Juzgado aceptó el llamamiento en garantía a la sociedad Mapfre Seguros.

Mapfre dio respuesta al llamado en garantía señalando que no se oponen ni se allanan a las pretensiones de la demanda, mientras que, respecto a los hechos manifestó no constarles. Propuso las siguientes excepciones: LAS DECISIONES TOMADAS POR EL DEMANDANTE SE DIERON AL AMPARO DEL PRINCIPIO DE “AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD”, SIENDO LÍCITAS, VÁLIDAS Y OPONIBLES, RECONOCIMIENTO OFICIOSO DE EXCEPCIONES (pdf. 13, *idem*).

Y frente al llamamiento, se opone a lo pretendido con el llamado. Y en cuanto a los hechos refiere que «como consecuencia de una eventual condena, a ordenar la devolución de los aportes contenidos en la Cuenta de Ahorro Individual de la demandante a COLPENSIONES, esa orden debería afectar solamente a la llamante en garantía». Finalmente, para derribar las pretensiones del convocante formula las excepciones de improcedencia del llamamiento en garantía, inexistencia de derecho contractual por parte de la AFP Skandia, no estar obligada a devolución de primas producto de una condena en contra de la convocante, que la llamada en garantía no le es oponible los efectos de una sentencia estimatoria, prescripción de la acción.

1.4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Undécimo Laboral del Circuito de Bogotá DC, mediante sentencia del 23 de marzo de 2023, dispuso:

PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA del traslado de régimen pensional efectuado el día once (11) de diciembre de 1996 por el señor CARLOS EDUARDO PINTO ROBLEDO del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP COLFONDOS SA, así como su posterior traslado horizontal hacia la AFP SKANDIA SA acaecido en el año 1998.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada SKANDIA PENSIONES Y CENSANTIAS SA a devolver a COLPENSIONES la totalidad de las sumas que hubiese recibido como producto de las cotizaciones realizadas por el demandante durante su permanencia en dichas administradoras del RAIS, es decir, el 100% de las cotizaciones obligatorias, con sus respectivos rendimientos

financieros, incluyendo además en dicha devolución los porcentajes destinados a gastos de administración (comisiones de administración, pago de prima de seguros previsionales de invalidez y de sobrevivientes y en caso de haberse realizado, el pago de primas de FOGAFÍN) y fondo de garantía de pensión mínima.

TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, a reactivar de manera inmediata la afiliación del demandante CARLOS EDUARDO PINTO ROBLEDO al régimen de prima media con prestación definida, sin solución de continuidad y además a recibir la devolución de los dineros ordenados en este proveído y a computar esos tiempos en la historia laboral de la demandante.

CUARTO: Las excepciones propuestas se declaran imprósperas.

QUINTO: ABSOLVER a la sociedad MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS SA de todas las pretensiones de la demanda y del llamamiento en garantía.

SEXTO: CONDENAR en COSTAS a las sociedades COLFONDOS S.A y SKANDIA SA incluyendo como agencias en derecho a favor del demandante, la suma de 1 SMLMV y a cargo de cada una de dichas AFP.

Consideró que conforme a la línea jurisprudencial de la Corte, era menester declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional surtido por el demandante, en la medida en que la AFP no demostró haberle suministrado a la actora información relevante, veraz y completa respecto del cambio de régimen y las modalidades de pensión en ese régimen, y que los formularios de vinculación por sí solos no constituyen prueba suficiente para dar por establecido que la información fue veraz, ni menos se probó el consentimiento informado para tomar la decisión de traslado la afectación del riesgo de la sostenibilidad financiera.

1.5. RECURSO DE APELACIÓN

Skandia apela la sentencia, señalando que el actor nunca ejerció el derecho de retracto, que tuvo la posibilidad de retornar al RPMPD lo cual no hizo, y que se está usando la figura de la ineficacia en beneficio propio. Cuestiona que el actor estuvo en el RAIS 20 años, y que la solicitud impetrada tiene fines económicos; además, los gastos de administración tienen un fin específico y que esas sumas se invirtieron, por lo que considera que no procede ordenar su devolución.

Colpensiones recurrió la decisión, pidiendo la absolución basando principalmente en la imposibilidad del demandante de retornar al RPMPD, en razón que a la fecha de solicitud el afiliado le faltaban menos de 10 años para el cumplimiento de la edad mínima para pensionarse. Y que se hace una interpretación errada del postulado consagrado en el artículo 1604 del Código Civil.

1.6. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

El apoderado de Skandia **SA** expresó que al momento de la afiliación no existía obligación alguna de dejar documentada la asesoría que se les brindaba a los nuevos afiliados;

aduce que el deber de información recaía también en el demandante, quien a su juicio contaba con las condiciones y capacidades suficientes para conocer las implicaciones de su decisión. Por último, destaca que la necesidad de retornar al RPMPD obedece a razones de índole económica y no a la falta de información o engaño al momento del traslado (pdf. 05, C02).

Parte demandante formula sus alegatos, indicando que, al momento de la afiliación, la AFP no ofreció información a la afiliada sobre *«información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los 2 regímenes pensionales, pues solo así era posible adquirir un juicio claro y objetivo de las mejores opciones del mercado»* (pdf. 06, ídem).

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

2.1. PRESUPUESTOS PROCESALES Y ALCANCE DEL RECURSO.

Conoce la Sala del recurso de apelación y de la consulta de la sentencia a favor de Colpensiones de conformidad con lo señalado en los artículos 66A y 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

2.2. PROBLEMA JURÍDICO

Esta Sala analizará, si acertó el juez al declarar la ineficacia del traslado del demandante Carlos Eduardo Pinto Robledo al RAIS, con el consecuente regreso al RPM administrado por Colpensiones, y establecer las consecuencias derivadas de ello.

2.3. HECHOS RELEVANTES PROBADOS

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: i) cotizó al RPM a través del ISS hoy Colpensiones desde el 28 de abril de 1988 al 31 de diciembre de 1996 (pág. 1, pdf. 07, ídem); ii) el 11 de diciembre de 1996 al RAIS administrado por Colfondos mediante la suscripción del formulario de afiliación (pág. 21, pdf. 12, ídem), como se acredita con la certificación SIAFP, y que Skandia administradora en la que actualmente se encuentra afiliada certifica que el actor cuenta con un total de 1372 semanas conforme la historia laboral aportada.

2.4. INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL.

El primer aspecto es recordar que, según el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, la selección de cualquiera de los regímenes previstos en el literal a) de esa disposición es libre y voluntaria, de manera que, cuando cualquier persona natural o jurídica, desconozca ese derecho, se hará acreedor a las sanciones del inciso 1º del artículo 271 de la misma ley, y en virtud de ésta norma, cualquier persona que atente contra el derecho del trabajador a su afiliación, traerá como consecuencia que la afiliación quede sin efecto.

Aunque la afiliación es libre y voluntaria, las administradoras de pensiones están compelidas a cumplir con el deber de información, por lo que la decisión de traslado tiene que estar precedida del cumplimiento de ese mandato, tal como lo dispone el artículo 97, numeral 1º del Decreto 663 de 1993, que la misma debe ser transparente a los afiliados, *«de suerte que les permita, mediante elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado y tomar decisiones informadas»*.

Por información necesaria, la Sala de Casación Laboral ha afirmado que comprende:

(...)la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones», y respecto a la transparencia, ha explicado que implica la obligación de dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, «los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios» (CSJ SL1452-2019, reiterada en SL1688-2019 y SL1689-2019).

Así, el fondo de pensiones es responsable de proporcionar e indicar al usuario que pretende trasladarse de régimen, los elementos determinantes para tomar una decisión informada. En ese orden, el traslado no surte efectos cuando se le oculta información o no se le brinda en forma completa, porque en ese caso no existe una decisión verdaderamente libre y voluntaria, ya que la determinación de trasladarse de régimen pensional puede variar según la información que se brinde (sentencias CSJ SL373-2021 MP Clara Cecilia Dueñas Quevedo; CSJ SL12136-2014 MP Elsy del Pilar Cuello Calderón y CSJ SL17595-2017 sentencia de instancia).

Por lo tanto, no es posible evidenciar un verdadero consentimiento informado en quien carece de los elementos suficientes para adoptar una decisión adecuada a sus circunstancias particulares, de manera que es insuficiente afirmar que el afiliado expresó su voluntad al permanecer en el RAIS y que su vinculación conserva validez, cuando la

administradora incumplió la obligación de brindarle la información necesaria, en obediencia a lo establecido en los artículos 2 y 12 del Decreto 663 de 1993.

De este modo, como el afiliado adujo la falta de información o la mala entrega de ésta por parte de la AFP, la administradora tiene sobre sí la carga de demostrar el cumplimiento de esa obligación, por cuanto: «*la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo*» (artículo 1604 CC), en ese orden, Colfondos SA es quien debe probar en contrario, es decir, que sí proporcionó la información completa y suficiente, en las etapas preparatorias y previas al traslado. Como la entidad cuenta con los medios técnicos y los conocimientos respecto a los servicios que ofrece, era quien debía probar que brindó una asesoría integral y completa al demandante al momento de su traslado, y/o migración en el mismo, analizando las circunstancias particulares de su caso.

Se reitera que la carga de la prueba, sin importar la circunstancia particular del afiliado, está a cargo de las AFP, toda vez que: (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuar 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 es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento, y (iii) no es razonable invertir la carga de la prueba en contra de la otra parte de la relación contractual, ya que las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia respecto al afiliado lego (CSJ SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689-2019 y SL4426-2019).

En ese orden, la constatación de que se cumplió con el deber de información es ineludible, por lo que la simple firma del formulario de afiliación es insuficiente para acreditar el consentimiento informado del afiliado. Este es el criterio postulado por la CSJ en su Sala Laboral, en la sentencia SL19447-2017:

el acto de afiliación o traslado de régimen pensional debe estar acompañado de la decisión libre y voluntaria del afiliado, la cual no se limita a la simple manifestación de quien decide trasladarse, sino que debe ajustarse a los parámetros de libertad informada, es decir, la solicitud y trámite de traslado de régimen pensional, debe estar precedida de una información clara, comprensible y suficiente, sobre las consecuencias favorables y desfavorables que su decisión acarrea» (CSJ SL7561-2021, CSJ SL5595-2021, CSJ3719-2021),

Ahora, el hecho de que el afiliado hubiese suscrito el formulario de vinculación o que en el mismo se empleen leyendas o afirmaciones tales como que «*la afiliación se hace libre*

y voluntaria», «*se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones*» u otras similares que suelen consignarse en los formatos preimpresos, no liberan a las AFP de su obligación de cumplir de manera rigurosa y de buena fe su deber de información. A lo sumo, estas expresiones sirven para acreditar un consentimiento sin vicios, pero no uno debidamente informado (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31314, SL, 22 nov. 2011, rad. 33083, SL4964-2018, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018, SL1421-2019 y SL2877-2020).

El argumento referente a que se impone una obligación inexistente al momento de la vinculación no es acertado por cuanto desde la creación de las AFP, estaban compelidas a suministrar información objetiva, comparada y transparente sobre las características, **ventajas y desventajas** de cada uno de los regímenes pensionales, así como de las **consecuencias jurídicas del traslado**, como lo preceptúa el artículo 97, numeral 1º del Decreto 663 de 1993, en armonía con el artículo 13, literal b) de la Ley 100 de 1993 (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689-2019, SL3464-2019, SL4360-2019, SL2611-2020, SL4806-2020 y SL373-2021).

En sus deberes estaba informar, verbigracia, las diferentes modalidades pensionales, que el valor de la pensión de vejez en el RAIS depende del capital consignado en la cuenta de ahorro individual; que si no completa el capital suficiente para obtener por lo menos una pensión mínima -equivalente al 110% del SMLMV a la fecha de expedición de la Ley 100 de 1993, actualizado con el IPC (Índice de Precios al Consumidor), debe seguir cotizando, si es o no beneficiario del régimen de transición pensional y las ventajas que se derivan del mismo, así como efectuarle las proyecciones aritméticas y los comparativos necesarios hacia el futuro de ambas opciones, con el cálculo aproximado del monto pensional que le correspondería, y en fin, mostrarle al afiliado **con detalle**, las **ventajas y desventajas** de tomar la decisión de traslado de régimen pensional, para que la misma sea realmente libre y voluntaria.

Luego hay que insistir en que, la labor del funcionario del fondo privado de pensiones en el momento previo a hacer efectivo el traslado de régimen, debe trascender al «*deber del buen consejo*», como lo ha señalado la jurisprudencia laboral, en la medida que es responsabilidad de dichas administradoras y de sus promotores y/o asesores, velar por la información entregada a sus usuarios -art. 10 D.720/94- por el cual se reglamentaron los artículos 105 y parcialmente el 287 de la Ley 100 de 1993.

Ahora, aunque Colfondos y Skandia hayan afirmado al contestar la demanda que al demandante le brindaron la asesoría requerida suficiente para el caso, y del derecho que

tenía de trasladarse de régimen pensional, la Sala no encuentra demostración de que rebata la negación indefinida del actor que no la recibió. El demandante no confesó ni aceptó conocer el régimen, que se trasladó por la supuesta razón de que el ISS se liquidara, que no se señalaron las implicaciones que podría tener ante el eventual traslado de régimen, sin explicación profunda, por el contrario, dijo que no conocía las características de ambos regímenes, las ventajas, desventajas y consecuencias de su traslado.

Por ello, la Sala concluye que se incumplió uno de los presupuestos para la eficacia del acto de traslado de régimen pensional, como es, el deber de información, cuya ausencia, dada su incidencia en el derecho a la pensión de vejez, trae como consecuencia la declaración de ineficacia del traslado, y que las cosas vuelvan al estado anterior en el que se encontraban antes de aquella, como que el demandante nunca se trasladó al RAIS. Razón por la que en este punto se confirmará la decisión de primer grado.

2.5. CONSECUENCIAS DE LA DECLARATORIA DE INEFICACIA DEL TRASLADO.

La declaratoria de ineficacia implica que las cosas vuelven al mismo estado en que se hallarían de no haber existido el cambio, esto es, se priva de todo efecto práctico al traslado *«bajo la ficción jurídica de que aquella nunca se trasladó al RAIS o, más bien, siempre estuvo afiliada al régimen de prima media con prestación definida»* (CSJ SL1689-2017).

Considera la Corporación que, al declararse la ineficacia del traslado de la demandante del RPM al RAIS, **todos los actos jurídicos que se celebraron tras la suscripción de dicha afiliación pierden su fuerza vinculante**; por lo que es legítimo que Skandia y Colfondos trasladen a Colpensiones no solo los valores existentes en la cuenta de ahorro individual con los rendimientos financieros, sino también, los porcentajes destinados a gastos de administración, primas de seguros previsionales y al fondo de garantía de pensión mínima, **sin que la AFP pueda conservar ningún valor descontado de la cotización.**

Así lo ha determinado la jurisprudencia uniforme de nuestro órgano de cierre jurisdiccional desde la sentencia con Rad 31989 del 9 de sept/08, M.P. Eduardo López Villegas, reiterada en las SL 4989 y 4964 del 14 de nov/18, radicados 47.125 y 54.814, respectivamente, M.P. Gerardo Botero Zuluaga, SL 1688 del 8 mayo/19, SL 2877 del 29/07/2020, Rad. 78667, M.P Clara Cecilia Dueñas Quevedo, SL 3034 Rad. 86961 del

07/07/2021; 3571 Rad. 88476 del 04/08/2021; 3708 Rad 88556 del 18/08/2021; 3709 Rad. 88875 y 3710 Rad. 88550 del 18/08/2021; 3769 Rad, 84296 del 11/08/2021, SL755 Rad 90519, SL756 Rad 90548 del 09/03/2022 y SL1019 Rad 87915 del 16/03/2022, M.P Luis Benedicto Herrera Díaz; y SL843 Rad 85499 del 16/03/2022 M.P Gerardo Botero Zuluaga.

Ahora bien, ante la orden de traslado, al no haberse solicitado como pretensión de la demanda la indexación, de conformidad con los parámetros establecidos en reciente jurisprudencia, esta Corporación dispone que los gastos de administración, las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y los aportes al fondo de garantía de pensión mínima, sean trasladados debidamente indexados, a favor de Colpensiones, con cargo de los recursos propios de los fondos privados. Como se determinó en la sentencia SL-359 de 2021 y especialmente la SL-950 de 2022, en la que se señala:

... 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 sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones. Criterio que resulta igualmente aplicable respecto del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.

Por consiguiente, se adicionará la orden de devolución de todos los conceptos ordenados en primera instancia, debidamente indexados.

En sede de consulta en favor de Colpensiones, la Sala adicionará la decisión para precisar que todas las obligaciones de traslado impuestas a Porvenir SA, deberán hacerse con el suministro de la información prevista en el artículo 2.2.2.4.8 del Decreto 1833 de 2016 -por medio del cual se compilan las normas del Sistema General de Pensiones-, dentro de los 30 días siguientes a la sentencia emitida, y entregando la historia laboral del afiliado con la información discriminada y detallada por cada período cotizado, especificando cada valor, “...*junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen* ...”.

2.6. PRESCRIPCIÓN

La excepción de prescripción no está llamada a prosperar por cuanto la acción que involucra el tema de traslado de régimen pensional guarda relación inescindible con la causación, requisitos y valor de la pensión, ante ello se debe predicar la imprescriptibilidad de la presente acción, ver al respecto Sentencia SL-1421 de 2019, Radicado No. 56174 de 10 de abril de 2019.

En efecto, de manera reiterada y pacífica, la SCL de la Corte ha defendido la tesis de que las acciones judiciales encaminadas a que se compruebe la manera en que ocurrió un hecho o se reconozca un estado jurídico, son imprescriptibles. Lo anterior, bajo la premisa de que ni los hechos ni los estados jurídicos prescriben, a diferencia de lo que ocurre con los derechos de crédito y obligaciones que de ello surjan.

2.7 COSTAS DEL PROCESO

Costas de segunda instancia a cargo de Colpensiones y Skandia y en favor del demandante por no prosperar el recurso de apelación. Las agencias en derecho se fijan en \$1.300.000 pesos a cargo de cada entidad y en favor del demandante.

Conforme con las razones fácticas, probatorias y de derecho expuestas en precedencia, la sentencia revisada en apelación y consulta se adiciona y confirmará.

En mérito de lo expuesto, la **SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ DC**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

IV. DECIDE:

PRIMERO: Adicionar el numeral segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá DC, el 23 de marzo de 2023 dentro del proceso promovido por Carlos Eduardo Pinto Robledo contra AFP Colfondos, Skandia y Colpensiones, en cuanto a que AFP Skandia deberá trasladar a **Colpensiones**, dentro de los 30 días siguientes a la sentencia, además de los conceptos dispuestos en la primera instancia y en esta sentencia debidamente indexados, la historia laboral del afiliado con la información discriminada y detallada por cada período cotizado, especificando cada valor, con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen, según las consideraciones de esta sentencia.

SEGUNDO: Adicionar el numeral tercero de la sentencia revisada, en cuanto a que Colfondos deberá trasladar a **Colpensiones**, dentro de los 30 días siguientes a la sentencia, los conceptos dispuestos en la primera instancia y en esta sentencia debidamente indexados, según las consideraciones de esta sentencia.

TERCERO: Costas de segunda instancia Colpensiones y Skandia y en favor del demandante por no prosperar el recurso de apelación. Las agencias en derecho se fijan en \$1.300.000 pesos a cargo de cada entidad y en favor del demandante.

CUARTO: Confirmar en lo demás la sentencia revisada en apelación y consulta, por los motivos antes expresados.

Notifíquese lo resuelto por **edicto, publíquese y cúmplase,**

Los magistrados,



CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO

Magistrada Ponente



LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ

Magistrada



RAFAEL ALBEIRO CHAVARRO POVEDA

Magistrado



DEMANDANTE:	Maribel Varela Neira
DEMANDADA:	Colpensiones y Colfondos.
TIPO DE PROCESO	Ordinario Laboral
TEMA	Ineficacia
DECISIÓN:	Revoca parcialmente, adiciona y confirma
RADICADO Y LINK:	11001310501220210037101 11001310501220210037101

En Bogotá DC, a los veintidós (22) días de marzo de dos mil veinticuatro (2024), la Sala Segunda de Decisión Laboral, conformada por los **Magistrados Luz Marina Ibáñez Hernández, Rafael Albeiro Chavarro Poveda, y Claudia Angélica Martínez Castillo**, quien actúa como ponente, se reunió para resolver el recurso de apelación interpuesto **Colpensiones**, y el grado jurisdiccional de consulta que se surte en favor de esta, frente a la decisión adoptada por el **Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá DC**, en el proceso ordinario adelantado por la señora **Maribel Varela Neira** en contra de las demandadas.

Una vez agotado el procedimiento previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la Sala profiere, por escrito, la siguiente:

SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

I. ANTECEDENTES:

1.1. PRETENSIONES.

Pretende la demandante la declaratoria de nulidad o ineficacia de su vinculación y traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -en adelante -RAIS- administrado por AFP Colfondos; que se declare que permaneció afiliada sin solución de continuidad en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida -en adelante RPM- hoy administrado por Colpensiones. En consecuencia, se ordene a Colfondos, trasladar a Colpensiones la totalidad de los aportes junto con sus rendimientos y/o intereses moratorios y a Colpensiones a recibir los aportes; extra y ultra petita; costas y agencias en derecho (pág. 1-2, pdf. 01, C01).

1.2. HECHOS

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que estuvo afiliada al RPMPD con el Instituto de Seguros Sociales hoy Colpensiones; Que en agosto de 1994 se trasladó al RAIS a través de Colfondos; pero que dicha decisión no fue informada, autónoma y consciente, ya que no se le brindó una asesoría completa, integral y veraz donde se le explicaran los beneficios y desventajas del traslado de régimen pensional. Señaló que solicitó la nulidad de la afiliación ante Colpensiones y Colfondos, y que fue despachada desfavorablemente.

1.3. TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA.

Admitida la demanda e integrada la litis, las demandadas se pronunciaron de forma oportuna, así:

Colpensiones, se opuso a las pretensiones de la demanda, pero aceptó de la afiliación al RPMPD, sin embargo, no le constan los hechos relacionados con el traslado al RAIS, y declara como cierto que el actor realizó el agotamiento de la reclamación administrativa, la cual, no fue atendida de forma favorable por esta entidad. Formuló las excepciones de prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de reunir los requisitos legales, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, cobro de lo no debido, buena fe, imposibilidad de condena en costas (pdf. 05, *ídem*).

Colfondos se opuso a lo pretendido con la demanda; negó los hechos referentes a la falta de información, aclarando que la misma fue suficiente, completa y veraz; aceptó el hecho que presentó el agotamiento de la reclamación administrativa, solicitud que fue negada. Para enervar las pretensiones de la demanda formula las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al RAIS, ratificación de la afiliación de la actora a Colfondos, prescripción de la acción, compensación y pago, innominada o genérica (pdf. 07, *ídem*).

1.4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá DC, mediante sentencia del 29 de marzo de 2023, dispuso:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado realizado por la señora MARIBEL VARELA NEIRA, identificada con C.C. No 51.672.765 del régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS hoy COLPENSIONES al de ahorro individual con solidaridad administrado por COLFONDOS S.A. el 1 de julio de 1994, conforme a lo considerado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: DECLARAR válidamente vinculada a la señora MARIBEL VARELA NEIRA al régimen de prima media con prestación definida, conforme lo expuesto.

TERCERO: CONDENAR a COLFONDOS S.A., a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora MARIBEL VARELA NEIRA tales como como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, comisiones, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea la demandante en su cuenta de ahorro individual, debidamente indexados; conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: CONDENAR a COLPENSIONES a recibir todos los valores que reintegre COLFONDOS S.A., con motivo de la declaratoria de ineficacia de la afiliación de la señora MARIBEL VARELA NEIRA al régimen de ahorro individual con solidaridad, y una vez ingresen los dineros a actualizar su información en la historia laboral.

QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas de acuerdo a lo motivado.

SEXTO: CONDENAR en costas de esta instancia a COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES a favor de la demandante. Por secretaría practíquese la liquidación de costas, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$1.160.000 para cada una.

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 la AFP no demostró haberle suministrado a la actora información relevante, veraz y completa respecto del cambio de régimen y las modalidades de pensión en ese régimen; que en este caso, las AFP tenían esa obligación desde la norma primigenia de la ley 100 de 1993 y que los formularios de vinculación por sí solos no constituyen prueba suficiente para dar por establecido que la información fue veraz, ni menos se probó el consentimiento informado para tomar la decisión de traslado la afectación del riesgo de la sostenibilidad financiera.

Con respecto a la condena en costas, emite la misma en contra de ambas demandadas.

1.5. RECURSO DE APELACIÓN

Colpensiones apeló la decisión y manifestó que la demandante que manifestó su voluntad con el diligenciamiento del formulario y la información contenida en ese documento, lo que impide la demostración de un vicio en el consentimiento, máxime cuando no puede invocarse la ignorancia de la ley, para solicitar la ineficacia de su traslado. Y acotó que la decisión afecta el principio de sostenibilidad financiera por la sobrecarga en el régimen de prima media.

Finalmente, cuestiona la decisión de la a quo, acerca de la condena en costas en contra de esa enjuiciada.

1.6. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

La demandante presentó sus alegaciones, manifestando que «la desinformación constituye elemento de juicio suficiente para anular o invalidar el acto de afiliación al régimen de ahorro individual administrado por los fondos privados, cuando nace en virtud de un traslado del régimen de prima media con prestación definida», y que «es obligación del Fondo de Pensiones, proporcionar al posible afiliado, información suficientemente clara y completa sobre las consecuencias que a futuro representa abandonar el régimen de prima media con prestación definida al que se encuentra afiliado», concluyendo que la afiliación es nula, y que la carga de la prueba le corresponde a la demandada quien deberá brindar la información requerida para que la afiliada tuviese un consentimiento debidamente informado. En consecuencia, pide que se confirme la decisión de la a quo (pdf. 6, C02).

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

2.1. PRESUPUESTOS PROCESALES Y ALCANCE DEL RECURSO.

Conoce la Sala del recurso de apelación y de la consulta de la sentencia a favor de Colpensiones de conformidad con lo señalado en los artículos 66A y 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

2.2. PROBLEMA JURÍDICO

Esta Sala analizará, si acertó el juez al declarar la ineficacia del traslado de la demandante Maribel Varela Neira al RAIS, con el consecuente regreso al RPM administrado por Colpensiones, y establecer las consecuencias derivadas de ello.

2.3. HECHOS RELEVANTES PROBADOS

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: i) cotizó al RPM a través del ISS hoy Colpensiones (pág. 36, pdf. 05, C01); ii) el 1 de julio de 1994 al RAIS administrado por Colfondos, de conformidad a la información que se extrae del RUAF (pdf. 16, idem).

2.4. INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL.

El primer aspecto es recordar que, según el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, la selección de cualquiera de los regímenes previstos en el literal a) de esa disposición es libre y voluntaria, de manera que, cuando cualquier persona natural o jurídica, desconozca ese derecho, se hará acreedor a las sanciones del inciso 1º del artículo 271 de la misma ley, y en virtud de ésta norma, cualquier persona que atente contra el derecho del trabajador a su afiliación, traerá como consecuencia que la afiliación quede sin efecto.

Aunque la afiliación es libre y voluntaria, las administradoras de pensiones están compelidas a cumplir con el deber de información, por lo que la decisión de traslado tiene que estar precedida del cumplimiento de ese mandato, tal como lo dispone el artículo 97, numeral 1º del Decreto 663 de 1993, que la misma debe ser transparente a los afiliados, *«de suerte que les permita, mediante elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado y tomar decisiones informadas»*.

Por información necesaria, la Sala de Casación Laboral ha afirmado que comprende:

(...)la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones», y respecto a la transparencia, ha explicado que implica la obligación de dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, «los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios» (CSJ SL1452-2019, reiterada en SL1688-2019 y SL1689-2019).

Así, el fondo de pensiones es responsable de proporcionar e indicar al usuario que pretende trasladarse de régimen, los elementos determinantes para tomar una decisión informada. En ese orden, el traslado no surte efectos cuando se le oculta información o no se le brinda en forma completa, porque en ese caso no existe una decisión verdaderamente libre y voluntaria, ya que la determinación de trasladarse de régimen pensional puede variar según la información que se brinde (sentencias CSJ SL373-2021 MP Clara Cecilia Dueñas Quevedo; CSJ SL12136-2014 MP Elsy del Pilar Cuello Calderón y CSJ SL17595-2017 sentencia de instancia).

Por lo tanto, no es posible evidenciar un verdadero consentimiento informado en quien carece de los elementos suficientes para adoptar una decisión adecuada a sus circunstancias particulares, de manera que es insuficiente afirmar que la afiliada expresó

su voluntad al permanecer en el RAIS y que su vinculación conserva validez, cuando la administradora incumplió la obligación de brindarle la información necesaria, en obediencia a lo establecido en los artículos 2 y 12 del Decreto 663 de 1993.

De este modo, como la afiliada adujo la falta de información o la mala entrega de ésta por parte de la AFP, la administradora tiene sobre sí la carga de demostrar el cumplimiento de esa obligación, por cuanto: *«la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo»* (artículo 1604 CC), en ese orden, Colfondos SA es quien debe probar en contrario, es decir, que sí proporcionó la información completa y suficiente, en las etapas preparatorias y previas al traslado. Como la entidad cuenta con los medios técnicos y los conocimientos respecto a los servicios que ofrece, era quien debía probar que brindó una asesoría integral y completa a la demandante al momento de su traslado, y/o migración en el mismo, analizando las circunstancias particulares de su caso.

Se reitera que la carga de la prueba, sin importar la circunstancia particular de la afiliada, está a cargo de las AFP, toda vez que: (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuar 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 es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento, y (iii) no es razonable invertir la carga de la prueba en contra de la otra parte de la relación contractual, ya que las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia respecto al afiliado lego (CSJ SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689-2019 y SL4426-2019).

En ese orden, la constatación de que se cumplió con el deber de información es ineludible, por lo que la simple firma del formulario de afiliación es insuficiente para acreditar el consentimiento informado de la afiliada. Este es el criterio postulado por la CSJ en su Sala Laboral, en la sentencia SL19447-2017:

el acto de afiliación o traslado de régimen pensional debe estar acompañado de la decisión libre y voluntaria del afiliado, la cual no se limita a la simple manifestación de quien decide trasladarse, sino que debe ajustarse a los parámetros de libertad informada, es decir, la solicitud y trámite de traslado de régimen pensional, debe estar precedida de una información clara, comprensible y suficiente, sobre las consecuencias favorables y desfavorables que su decisión acarrea» (CSJ SL7561-2021, CSJ SL5595-2021, CSJ3719-2021),

Ahora, el hecho de que la afiliada hubiese aceptado que suscribió formato de afiliación, el cual, no se trajo como prueba en este proceso, lo que eventualmente puede extraerse de ese accionar, es que como en casos similares que suelen consignarse en los formatos preimpresos frases o leyendas, que no liberan en todo caso a las AFP de su obligación de cumplir de manera rigurosa y de buena fe su deber de información. A lo sumo, estas expresiones sirven para acreditar un consentimiento sin vicios, pero no uno debidamente informado (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31314, SL, 22 nov. 2011, rad. 33083, SL4964-2018, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018, SL1421-2019 y SL2877-2020).

El argumento referente a que se impone una obligación inexistente al momento de la vinculación no es acertado por cuanto desde la creación de las AFP, estaban compelidas a suministrar información objetiva, comparada y transparente sobre las características, **ventajas y desventajas** de cada uno de los regímenes pensionales, así como de las **consecuencias jurídicas del traslado**, como lo preceptúa el artículo 97, numeral 1º del Decreto 663 de 1993, en armonía con el artículo 13, literal b) de la Ley 100 de 1993 (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689-2019, SL3464-2019, SL4360-2019, SL2611-2020, SL4806-2020 y SL373-2021).

En sus deberes estaba informar, verbigracia, las diferentes modalidades pensionales, que el valor de la pensión de vejez en el RAIS depende del capital consignado en la cuenta de ahorro individual; que si no completa el capital suficiente para obtener por lo menos una pensión mínima -equivalente al 110% del SMLMV a la fecha de expedición de la Ley 100 de 1993, actualizado con el IPC (Índice de Precios al Consumidor), debe seguir cotizando, si es o no beneficiario del régimen de transición pensional y las ventajas que se derivan del mismo, así como efectuarle las proyecciones aritméticas y los comparativos necesarios hacia el futuro de ambas opciones, con el cálculo aproximado del monto pensional que le correspondería, y en fin, mostrarle a la afiliada **con detalle**, las **ventajas y desventajas** de tomar la decisión de traslado de régimen pensional, para que la misma sea realmente libre y voluntaria.

Luego hay que insistir en que, la labor del funcionario del fondo privado de pensiones en el momento previo a hacer efectivo el traslado de régimen, debe trascender al «*deber del buen consejo*», como lo ha señalado la jurisprudencia laboral, en la medida que es responsabilidad de dichas administradoras y de sus promotores y/o asesores, velar por la información entregada a sus usuarios -art. 10 D.720/94- por el cual se reglamentaron los artículos 105 y parcialmente el 287 de la Ley 100 de 1993.

Ahora, aunque Colfondos SA haya afirmado al contestar la demanda que a la demandante le brindaron la asesoría requerida suficiente para el caso, y del derecho que tenía de trasladarse de régimen pensional, la Sala no encuentra demostración de que rebata la negación indefinida del actor que no la recibió. La demandante no confesó ni aceptó que conocía el régimen, que a ella se acercó un funcionario de Colfondos, que en muy poco tiempo hicieron el trámite de suscripción del formulario, que el asesor les informó que Colpensiones sería liquidado, que no hubo una explicación profunda, por el contrario, dijo que no sabía efectivamente todas las características de ambos regímenes, las ventajas, desventajas y consecuencias de su traslado.

Por ello, la Sala concluye que se incumplió uno de los presupuestos para la eficacia del acto de traslado de régimen pensional, como es, el deber de información, cuya ausencia, dada su incidencia en el derecho a la pensión de vejez, trae como consecuencia la declaración de ineficacia del traslado, y que las cosas vuelvan al estado anterior en el que se encontraban antes de aquella, como que la demandante nunca se trasladó al RAIS. Razón por la que en este punto se confirmará la decisión de primer grado.

2.5. CONSECUENCIAS DE LA DECLARATORIA DE INEFICACIA DEL TRASLADO.

La declaratoria de ineficacia implica que las cosas vuelven al mismo estado en que se hallarían de no haber existido el cambio, esto es, se priva de todo efecto práctico al traslado *«bajo la ficción jurídica de que aquella nunca se trasladó al RAIS o, más bien, siempre estuvo afiliada al régimen de prima media con prestación definida»* (CSJ SL1689-2017).

Considera la Corporación que, al declararse la ineficacia del traslado de la demandante del RPM al RAIS, **todos los actos jurídicos que se celebraron tras la suscripción de dicha afiliación pierden su fuerza vinculante**; por lo que es legítimo que Colfondos traslade a Colpensiones no solo los valores existentes en la cuenta de ahorro individual con los rendimientos financieros, sino también, los porcentajes destinados a gastos de administración, primas de seguros previsionales y al fondo de garantía de pensión mínima, **sin que la AFP pueda conservar ningún valor descontado de la cotización.**

Así lo ha determinado la jurisprudencia uniforme de nuestro órgano de cierre jurisdiccional desde la sentencia con Rad 31989 del 9 de sept/08, M.P. Eduardo López Villegas, reiterada en las SL 4989 y 4964 del 14 de nov/18, radicados 47.125 y 54.814, respectivamente, M.P. Gerardo Botero Zuluaga, SL 1688 del 8 mayo/19, SL 2877 del

29/07/2020, Rad. 78667, M.P Clara Cecilia Dueñas Quevedo, SL 3034 Rad. 86961 del 07/07/2021; 3571 Rad. 88476 del 04/08/2021; 3708 Rad 88556 del 18/08/2021; 3709 Rad. 88875 y 3710 Rad. 88550 del 18/08/2021; 3769 Rad, 84296 del 11/08/2021, SL755 Rad 90519, SL756 Rad 90548 del 09/03/2022 y SL1019 Rad 87915 del 16/03/2022, M.P Luis Benedicto Herrera Díaz; y SL843 Rad 85499 del 16/03/2022 M.P Gerardo Botero Zuluaga.

Ahora bien, ante la orden de traslado, al no haberse solicitado como pretensión de la demanda la indexación, de conformidad con los parámetros establecidos en reciente jurisprudencia, esta Corporación procede de oficio a ordenar que los gastos de administración, las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y los aportes al fondo de garantía de pensión mínima, sean trasladados debidamente indexados, a favor de Colpensiones y con cargo de los recursos propios de los fondos privados. Como se determinó en la sentencia SL-359 de 2021 y especialmente la SL-950 de 2022, en la que se señala:

... 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 sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones. Criterio que resulta igualmente aplicable respecto del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.

Por consiguiente, se adicionará la orden de devolución de todos los conceptos ordenados en primera instancia, debidamente indexados.

En sede de consulta en favor de Colpensiones, la Sala adicionará la decisión para precisar que todas las obligaciones de traslado impuestas a Colfondos, deberán hacerse con el suministro de la información prevista en el artículo 2.2.2.4.8 del Decreto 1833 de 2016 -por medio del cual se compilan las normas del Sistema General de Pensiones-, dentro de los 30 días siguientes a la sentencia emitida, y entregando la historia laboral del afiliado con la información discriminada y detallada por cada período cotizado, especificando cada valor, “...*junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen* ...”.

2.6. PRESCRIPCIÓN

La excepción de prescripción no está llamada a prosperar por cuanto la acción que involucra el tema de traslado de régimen pensional guarda relación inescindible con la causación, requisitos y valor de la pensión, ante ello se debe predicar la

imprescriptibilidad de la presente acción, ver al respecto Sentencia SL-1421 de 2019, Radicado No. 56174 de 10 de abril de 2019.

En efecto, de manera reiterada y pacífica, la SCL de la Corte ha defendido la tesis de que las acciones judiciales encaminadas a que se compruebe la manera en que ocurrió un hecho o se reconozca un estado jurídico, son imprescriptibles. Lo anterior, bajo la premisa de que ni los hechos ni los estados jurídicos prescriben, a diferencia de lo que ocurre con los derechos de crédito y obligaciones que de ello surjan.

2.7 COSTAS DEL PROCESO

Con respecto a las costas a cargo de Colpensiones, debemos tener en cuenta que la condena que se emite en su contra no es por su actuar negligente u omisivo, sino que es la consecuencia de la ineficacia de una afiliación por la desidia que tuvo un tercero, en este caso la AFP, con la demandante; así que las condenas que hoy asume Colpensiones surgen de la declaratoria de ineficacia, por lo que no hay lugar a condenar a esta codemandada a las costas de primera instancia, y en tal sentido se revocará parcialmente el numeral quinto de la sentencia objeto de alzada.

Sin costas en segunda instancia para Colpensiones, por no haber prosperado de forma parcial el recurso de esa demandada.

Conforme con las razones fácticas, probatorias y de derecho expuestas en precedencia, la sentencia revisada en apelación y consulta se revocará parcialmente, adicionará y confirmará.

En mérito de lo expuesto, la **SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ DC**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

IV. DECIDE:

PRIMERO: Adicionar el numeral segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá DC, el 29 de marzo de 2023 dentro del proceso promovido por Maribel Varela Neira contra AFP Colfondos y Colpensiones, en cuanto a que AFP Colfondos deberá trasladar a **Colpensiones**, dentro de los 30 días siguientes a la sentencia, además de los conceptos dispuestos en la primera instancia, los gastos de administración, las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y

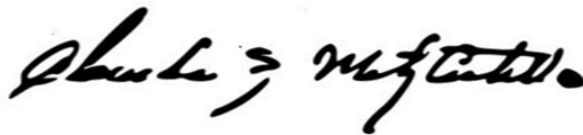
los aportes al fondo de garantía de pensión mínima, todos debidamente indexados, la historia laboral del afiliado con la información discriminada y detallada por cada período cotizado, especificando cada valor, con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen, según las consideraciones de esta sentencia.

SEGUNDO: Revocar parcialmente la condena en costas en contra de la demandada Colpensiones, emitida en la sentencia proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá DC, el 29 de marzo de 2023. Sin costas e en segunda instancia, conforme lo indicado en la parte motiva.

TERCERO: Confirmar en lo demás la sentencia revisada en apelación y consulta, por los motivos antes expresados.

Notifíquese lo resuelto por **edicto, publíquese y cúmplase**,

Los magistrados,



CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO

Magistrada Ponente



LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ

Magistrada



RAFAEL ALBEIRO CHAVARRO POVEDA

Magistrado



DEMANDANTE:	Jaime Jesús López Hidalgo
DEMANDADA:	Colpensiones y Protección.
TIPO DE PROCESO	Ordinario Laboral
TEMA	Ineficacia
DECISIÓN:	Revoca parcialmente, adiciona y confirma
RADICADO Y LINK:	11001310501820200027201 11001310501820200027201

En Bogotá DC, a los veintidós (22) días de marzo de dos mil veinticuatro (2024), la Sala Segunda de Decisión Laboral, conformada por los **Magistrados Luz Marina Ibáñez Hernández, Rafael Albeiro Chavarro Poveda, y Claudia Angélica Martínez Castillo**, quien actúa como ponente, se reunió para resolver el recurso de apelación interpuesto **Colpensiones**, y el grado jurisdiccional de consulta que se surte en favor de esta, frente a la decisión adoptada por el **Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá DC**, en el proceso ordinario adelantado por el señor **Jaime Jesús López Hidalgo** en contra de las demandadas.

Una vez agotado el procedimiento previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la Sala profiere, por escrito, la siguiente:

SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

I. ANTECEDENTES:

1.1. PRETENSIONES.

Pretende el demandante la declaratoria de nulidad o ineficacia de su vinculación y traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -en adelante -RAIS- administrado por AFP Protección; que se declare que permaneció afiliada sin solución de continuidad en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida -en adelante RPM- hoy administrado por Colpensiones. En consecuencia, se ordene a Protección, trasladar a Colpensiones la totalidad de los aportes junto con sus

rendimientos y/o intereses moratorios y a Colpensiones a recibir los aportes; extra y ultra petita; costas y agencias en derecho (pág. 6, pdf. 01, C01).

1.2. HECHOS

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que nació el 24 de diciembre de 1954; que estuvo afiliada al RPMPD con el Instituto de Seguros Sociales hoy Colpensiones; Que en abril de 1997 se trasladó al RAIS a través de Protección; pero que dicha decisión no fue informada, autónoma y consciente, ya que no se le brindó una asesoría completa, integral y veraz donde se le explicaran los beneficios y desventajas del traslado de régimen pensional. Señaló que solicitó la nulidad de la afiliación ante Colpensiones y Protección, y que fue despachada desfavorablemente.

1.3. TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA.

Admitida la demanda e integrada la litis, las demandadas se pronunciaron de forma oportuna, así:

Colpensiones, se opuso a las pretensiones de la demanda, pero aceptó de la fecha de nacimiento del afiliado y su afiliación al RPMPD: sin embargo, no le constan los hechos relacionados con el traslado al RAIS, y declara como cierto que el actor realizó el agotamiento de la reclamación administrativa, la cual, no fue atendida de forma favorable por esta entidad. Formuló las excepciones de aplicación del precedente establecido en la sentencia SL 373 de 2021, el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe, innominada o genérica (pdf. 09, *ídem*).

Protección se opone a lo pretendido con la demanda; niega los hechos referentes a la falta de información, aclarando que la misma fue suficiente, completa y veraz; aceptó el hecho que presentó el agotamiento de la reclamación administrativa, solicitud que fue negada. Para enervar las pretensiones de la demanda formula las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se

declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe. innominada o genérica (pdf. 10, *ídem*).

1.4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá DC, mediante sentencia del 8 de marzo de 2023, dispuso:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado realizado por el señor JAIME JESÚS LÓPEZ HIDALGO, identificada con C.C. No 51.672.765 del régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS hoy COLPENSIONES al de ahorro individual con solidaridad administrado por PROTECCION S.A. el 1 de julio de 1994, conforme a lo considerado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: DECLARAR válidamente vinculada a el señor JAIME JESÚS LÓPEZ HIDALGO al régimen de prima media con prestación definida, conforme lo expuesto.

TERCERO: CONDENAR a PROTECCION S.A., a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del señor JAIME JESÚS LÓPEZ HIDALGO tales como como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, comisiones, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea la demandante en su cuenta de ahorro individual, debidamente indexados; conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: CONDENAR a COLPENSIONES a recibir todos los valores que reintegre PROTECCION S.A., con motivo de la declaratoria de ineficacia de la afiliación de el señor JAIME JESÚS LÓPEZ HIDALGO al régimen de ahorro individual con solidaridad, y una vez ingresen los dineros a actualizar su información en la historia laboral.

QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas de acuerdo a lo motivado.

SEXTO: CONDENAR en costas de esta instancia a PROTECCION S.A. y COLPENSIONES a favor de la demandante. Por secretaría practíquese la liquidación de costas, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$1.160.000 para cada una.

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 la AFP no demostró haberle suministrado a la actora información relevante, veraz y completa respecto del cambio de régimen y las modalidades de pensión en ese régimen; que en este caso, las AFP tenían esa obligación desde la norma primigenia de la ley 100 de 1993 y que los formularios de vinculación por sí solos no constituyen prueba suficiente para dar por establecido que la información fue veraz, ni menos se probó el consentimiento informado para tomar la decisión de traslado la afectación del riesgo de la sostenibilidad financiera.

Con respecto a la condena en costas, emite la misma en contra de ambas demandadas.

1.5. RECURSO DE APELACIÓN

Colpensiones apeló la decisión y manifestó que el demandante que manifestó su voluntad con el diligenciamiento del formulario y la información contenida en ese documento, lo que impide la demostración de un vicio en el consentimiento, que el actor no fue presionado. Y acotó que la decisión afecta el principio de sostenibilidad financiera por la sobrecarga en el régimen de prima media.

1.6. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

El demandante alegó manifestando que «no se desplegó actividad probatoria de parte de Protección, tendiente a probar al Juzgado, el cumplimiento del deber de información que estaba a su cargo, las negaciones contenidas en la demanda, debían ser probadas por este fondo», y que «sino que debe estar precedido del deber de información y el conocimiento del demandante de las consecuencias de su firma, pues este es el que permite, sabiendo todas las aristas de uno y otro régimen», concluyendo que la afiliación es nula, y que la carga de la prueba le corresponde a la demandada quien deberá brindar la información requerido para que la afiliada tuviese un consentimiento debidamente informado. En consecuencia, pide que se confirme la decisión de la a quo (pdf. 5, C02).

Colpensiones aseveró que el traslado de la demandante goza de plena validez, además que, se trata de una potestad única y exclusiva del afiliado, concluyendo que resulta improcedente la solicitud de traslado entre regímenes pensionales, pues el demandante se encuentra a menos de 10 años para cumplir el requisito de edad mínima exigida por la Ley (pdf. 07, idem).

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

2.1. PRESUPUESTOS PROCESALES Y ALCANCE DEL RECURSO.

Conoce la Sala del recurso de apelación y de la consulta de la sentencia a favor de Colpensiones de conformidad con lo señalado en los artículos 66A y 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

2.2. PROBLEMA JURÍDICO

Esta Sala analizará, si acertó el juez al declarar la ineficacia del traslado de la demandante Jaime Jesús López Hidalgo al RAIS, con el consecuente regreso al RPM administrado por Colpensiones, y establecer las consecuencias derivadas de ello.

2.3. HECHOS RELEVANTES PROBADOS

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: i) que el demandante nació el 24 de diciembre de 1954 (pág. 30, pdf. 01, C01); ii) cotizó al RPM a través del ISS hoy Colpensiones a partir del 1 de agosto de 1984 (pág. 28, idem); ii) el 1 de abril de 1997 al RAIS administrado por Protección, mediante la suscripción de formulario de afiliación el día 20 de febrero de 1997, que cuenta con un total de 1297 semanas (pág. 24 y 40, pdf. 10, idem).

2.4. INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL.

El primer aspecto es recordar que, según el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, la selección de cualquiera de los regímenes previstos en el literal a) de esa disposición es libre y voluntaria, de manera que, cuando cualquier persona natural o jurídica, desconozca ese derecho, se hará acreedor a las sanciones del inciso 1º del artículo 271 de la misma ley, y en virtud de ésta norma, cualquier persona que atente contra el derecho del trabajador a su afiliación, traerá como consecuencia que la afiliación quede sin efecto.

Aunque la afiliación es libre y voluntaria, las administradoras de pensiones están compelidas a cumplir con el deber de información, por lo que la decisión de traslado tiene que estar precedida del cumplimiento de ese mandato, tal como lo dispone el artículo 97, numeral 1º del Decreto 663 de 1993, que la misma debe ser transparente a los afiliados, *«de suerte que les permita, mediante elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado y tomar decisiones informadas»*.

Por información necesaria, la Sala de Casación Laboral ha afirmado que comprende:

(...)la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la

lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones», y respecto a la transparencia, ha explicado que implica la obligación de dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, «los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios» (CSJ SL1452-2019, reiterada en SL1688-2019 y SL1689-2019).

Así, el fondo de pensiones es responsable de proporcionar e indicar al usuario que pretende trasladarse de régimen, los elementos determinantes para tomar una decisión informada. En ese orden, el traslado no surte efectos cuando se le oculta información o no se le brinda en forma completa, porque en ese caso no existe una decisión verdaderamente libre y voluntaria, ya que la determinación de trasladarse de régimen pensional puede variar según la información que se brinde (sentencias CSJ SL373-2021 MP Clara Cecilia Dueñas Quevedo; CSJ SL12136-2014 MP Elsy del Pilar Cuello Calderón y CSJ SL17595-2017 sentencia de instancia).

Por lo tanto, no es posible evidenciar un verdadero consentimiento informado en quien carece de los elementos suficientes para adoptar una decisión adecuada a sus circunstancias particulares, de manera que es insuficiente afirmar que el afiliado expresó su voluntad al permanecer en el RAIS y que su vinculación conserva validez, cuando la administradora incumplió la obligación de brindarle la información necesaria, en obediencia a lo establecido en los artículos 2 y 12 del Decreto 663 de 1993.

De este modo, como el afiliado adujo la falta de información o la mala entrega de ésta por parte de la AFP, la administradora tiene sobre sí la carga de demostrar el cumplimiento de esa obligación, por cuanto: «*la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo*» (artículo 1604 CC), en ese orden, Protección SA es quien debe probar en contrario, es decir, que sí proporcionó la información completa y suficiente, en las etapas preparatorias y previas al traslado. Como la entidad cuenta con los medios técnicos y los conocimientos respecto a los servicios que ofrece, era quien debía probar que brindó una asesoría integral y completa al demandante al momento de su traslado, y/o migración en el mismo, analizando las circunstancias particulares de su caso.

Se reitera que la carga de la prueba, sin importar la circunstancia particular del afiliado, está a cargo de las AFP, toda vez que: (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuar 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 es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento, y (iii) no es razonable invertir la carga de la prueba en contra de la otra parte de la relación contractual, ya que las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia respecto al afiliado lego (CSJ SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689-2019 y SL4426-2019).

En ese orden, la constatación de que se cumplió con el deber de información es ineludible, por lo que la simple firma del formulario de afiliación es insuficiente para acreditar el consentimiento informado del afiliado. Este es el criterio postulado por la CSJ en su Sala Laboral, en la sentencia SL19447-2017:

el acto de afiliación o traslado de régimen pensional debe estar acompañado de la decisión libre y voluntaria del afiliado, la cual no se limita a la simple manifestación de quien decide trasladarse, sino que debe ajustarse a los parámetros de libertad informada, es decir, la solicitud y trámite de traslado de régimen pensional, debe estar precedida de una información clara, comprensible y suficiente, sobre las consecuencias favorables y desfavorables que su decisión acarrea» (CSJ SL7561-2021, CSJ SL5595-2021, CSJ3719-2021),

Ahora, que el afiliado hubiese aceptado que suscribió formato de afiliación, el cual, no se trajo como prueba en este proceso, lo que eventualmente puede extraerse de ese accionar, es que como en casos similares que suelen consignarse en los formatos preimpresos frases o leyendas, que no liberan en todo caso a las AFP de su obligación de cumplir de manera rigurosa y de buena fe su deber de información. A lo sumo, estas expresiones sirven para acreditar un consentimiento sin vicios, pero no uno debidamente informado (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31314, SL, 22 nov. 2011, rad. 33083, SL4964-2018, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018, SL1421-2019 y SL2877-2020).

El argumento referente a que se impone una obligación inexistente al momento de la vinculación no es acertado por cuanto desde la creación de las AFP, estaban compelidas a suministrar información objetiva, comparada y transparente sobre las características, **ventajas y desventajas** de cada uno de los regímenes pensionales, así como de las **consecuencias jurídicas del traslado**, como lo preceptúa el artículo 97, numeral 1º del Decreto 663 de 1993, en armonía con el artículo 13, literal b) de la Ley 100 de 1993 (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689-2019, SL3464-2019, SL4360-2019, SL2611-2020, SL4806-2020 y SL373-2021).

En sus deberes estaba informar, verbigracia, las diferentes modalidades pensionales, que el valor de la pensión de vejez en el RAIS depende del capital consignado en la cuenta de ahorro individual; que si no completa el capital suficiente para obtener por lo menos una pensión mínima -equivalente al 110% del SMLMV a la fecha de expedición de la Ley 100 de 1993, actualizado con el IPC (Índice de Precios al Consumidor), debe seguir cotizando, si es o no beneficiario del régimen de transición pensional y las ventajas que se derivan del mismo, así como efectuarle las proyecciones aritméticas y los comparativos necesarios hacia el futuro de ambas opciones, con el cálculo aproximado del monto pensional que le correspondería, y en fin, mostrarle al afiliado **con detalle**, las **ventajas y desventajas** de tomar la decisión de traslado de régimen pensional, para que la misma sea realmente libre y voluntaria.

Luego hay que insistir en que, la labor del funcionario del fondo privado de pensiones en el momento previo a hacer efectivo el traslado de régimen, debe trascender al «*deber del buen consejo*», como lo ha señalado la jurisprudencia laboral, en la medida que es responsabilidad de dichas administradoras y de sus promotores y/o asesores, velar por la información entregada a sus usuarios -art. 10 D.720/94- por el cual se reglamentaron los artículos 105 y parcialmente el 287 de la Ley 100 de 1993.

Ahora, aunque Protección SA haya afirmado al contestar la demanda que al demandante le brindaron la asesoría requerida suficiente para el caso, y del derecho que tenía de trasladarse de régimen pensional, la Sala no encuentra demostración de que rebata la negación indefinida del actor que no la recibió. Observándose que la demandante no confesó ni aceptó que conocía el régimen, que ante él se acercó un funcionario de Protección, que en muy poco tiempo hicieron el trámite de suscripción del formulario, que el asesor les informó que Colpensiones sería liquidado y el afiliado consideraba que el manejo de esa entidad era negativo, que no hubo una explicación profunda, por el contrario, dijo que no sabía efectivamente todas las características de ambos regímenes, las ventajas, desventajas y consecuencias de su traslado.

Por ello, la Sala concluye que se incumplió uno de los presupuestos para la eficacia del acto de traslado de régimen pensional, como es, el deber de información, cuya ausencia, dada su incidencia en el derecho a la pensión de vejez, trae como

consecuencia la declaración de ineficacia del traslado, y que las cosas vuelvan al estado anterior en el que se encontraban antes de aquella, como que el demandante nunca se trasladó al RAIS. Razón por la que en este punto se confirmará la decisión de primer grado.

2.5. CONSECUENCIAS DE LA DECLARATORIA DE INEFICACIA DEL TRASLADO.

La declaratoria de ineficacia implica que las cosas vuelven al mismo estado en que se hallarían de no haber existido el cambio, esto es, se priva de todo efecto práctico al traslado *«bajo la ficción jurídica de que aquella nunca se trasladó al RAIS o, más bien, siempre estuvo afiliada al régimen de prima media con prestación definida»* (CSJ SL1689-2017).

Considera la Corporación que, al declararse la ineficacia del traslado de la demandante del RPM al RAIS, **todos los actos jurídicos que se celebraron tras la suscripción de dicha afiliación pierden su fuerza vinculante**; por lo que es legítimo que Protección traslade a Colpensiones no solo los valores existentes en la cuenta de ahorro individual con los rendimientos financieros, sino también, los porcentajes destinados a gastos de administración, primas de seguros previsionales y al fondo de garantía de pensión mínima, **sin que la AFP pueda conservar ningún valor descontado de la cotización.**

Así lo ha determinado la jurisprudencia uniforme de nuestro órgano de cierre jurisdiccional desde la sentencia con Rad 31989 del 9 de sept/08, M.P. Eduardo López Villegas, reiterada en las SL 4989 y 4964 del 14 de nov/18, radicados 47.125 y 54.814, respectivamente, M.P. Gerardo Botero Zuluaga, SL 1688 del 8 mayo/19, SL 2877 del 29/07/2020, Rad. 78667, M.P Clara Cecilia Dueñas Quevedo, SL 3034 Rad. 86961 del 07/07/2021; 3571 Rad. 88476 del 04/08/2021; 3708 Rad 88556 del 18/08/2021; 3709 Rad. 88875 y 3710 Rad. 88550 del 18/08/2021; 3769 Rad, 84296 del 11/08/2021, SL755 Rad 90519, SL756 Rad 90548 del 09/03/2022 y SL1019 Rad 87915 del 16/03/2022, M.P Luis Benedicto Herrera Díaz; y SL843 Rad 85499 del 16/03/2022 M.P Gerardo Botero Zuluaga.

Ante la orden de traslado, al no haberse solicitado como pretensión de la demanda la indexación, de conformidad con los parámetros establecidos en reciente jurisprudencia, esta Corporación procede de oficio a ordenar que los gastos de

administración, las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y los aportes al fondo de garantía de pensión mínima, sean trasladados debidamente indexados, a favor de Colpensiones y con cargo de los recursos propios de los fondos privados. Como se determinó en la sentencia SL-359 de 2021 y especialmente la SL-950 de 2022, en la que se señala:

... 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 sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones. Criterio que resulta igualmente aplicable respecto del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.

Por consiguiente, es acertada la orden de devolución de todos los conceptos ordenados emitida por la primera instancia, debidamente indexados.

En sede de consulta en favor de Colpensiones, la Sala adicionará la decisión para precisar que todas las obligaciones de traslado impuestas a Protección, deberán hacerse con el suministro de la información prevista en el artículo 2.2.2.4.8 del Decreto 1833 de 2016 -por medio del cual se compilan las normas del Sistema General de Pensiones-, dentro de los 30 días siguientes a la sentencia emitida, y entregando la historia laboral del afiliado con la información discriminada y detallada por cada período cotizado, especificando cada valor, *“...junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen ...”*.

2.6. PRESCRIPCIÓN

La excepción de prescripción no está llamada a prosperar por cuanto la acción que involucra el tema de traslado de régimen pensional guarda relación inescindible con la causación, requisitos y valor de la pensión, ante ello se debe predicar la imprescriptibilidad de la presente acción, ver al respecto Sentencia SL-1421 de 2019, Radicado No. 56174 de 10 de abril de 2019.

En efecto, de manera reiterada y pacífica, la SCL de la Corte ha defendido la tesis de que las acciones judiciales encaminadas a que se compruebe la manera en que ocurrió un hecho o se reconozca un estado jurídico, son imprescriptibles. Lo anterior, bajo la premisa de que ni los hechos ni los estados jurídicos prescriben, a

diferencia de lo que ocurre con los derechos de crédito y obligaciones que de ello surjan.

2.7 COSTAS DEL PROCESO

Costas en segunda instancia a cargo de Colpensiones y en favor del demandante, fíjese como agencias en derecho la suma de \$1.300.000, por prosperar el recurso interpuesto.

Conforme con las razones fácticas, probatorias y de derecho expuestas en precedencia, la sentencia revisada en apelación y consulta se adicionará y confirmará.

En mérito de lo expuesto, la **SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ DC**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

IV. DECIDE:

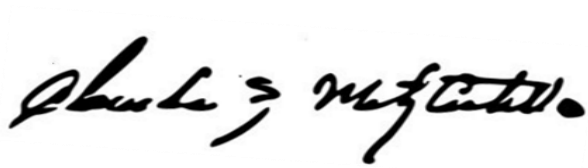
PRIMERO: Adicionar el numeral segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá DC, el 8 de marzo de 2023 dentro del proceso promovido por Jaime Jesús López Hidalgo contra AFP Protección y Colpensiones, en cuanto a que AFP Protección deberá trasladar a **Colpensiones**, dentro de los 30 días siguientes a la sentencia, además de los conceptos dispuestos en la primera instancia y en esta sentencia debidamente indexados, la historia laboral del afiliado con la información discriminada y detallada por cada período cotizado, especificando cada valor, con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen, según las consideraciones de esta sentencia.

SEGUNDO: Costas en segunda instancia a cargo de Colpensiones y en favor del demandante, como se indica en la parte motiva.

TERCERO: Confirmar en lo demás la sentencia revisada en apelación y consulta, por los motivos antes expresados.

Notifíquese lo resuelto por **edicto, publíquese y cúmplase**,

Los magistrados,



CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO
Magistrada Ponente



LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ
Magistrada



RAFAEL ALBEIRO CHAVARRO POVEDA
Magistrado



DEMANDANTE:	María Esperanza Delgado.
DEMANDADO:	Martha Lucía Cabrera Tovar.
TIPO DE PROCESO	Ordinario Laboral
DECISIÓN:	Revoca sentencia.
Radicado	11001-31-05-038-2021-00257-01 11001310503820210025701

En la ciudad de Bogotá DC, a los veintidós (22) de marzo de dos mil veinticuatro (2024), la Sala Segunda de Decisión Laboral, conformada por los Magistrados **Luz Marina Ibáñez Hernández, Rafael Albeiro Chavarro Poveda, y Claudia Angélica Martínez Castillo, quien actúa como ponente**, se reunió para resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandante, frente a la decisión adoptada por el Juzgado 38 Laboral del Circuito de Bogotá D.C. en el proceso ordinario laboral de María Esperanza Delgado en contra de Martha Lucía Cabrera Tovar.

Una vez agotado el procedimiento previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la Sala profiere, por escrito, la siguiente:

SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA.

I. ANTECEDENTES:

1.1 PRETENSIONES.

María Esperanza Delgado accionó contra la señora Martha Lucía Cabrera Tovar, en procura de que se declare que entre ellos existió una relación laboral, la cual, finalizó por decisión unilateral de la demandada. Pide la condena a su empleadora por concepto de cesantías, primas de servicios, vacaciones, los aportes a la seguridad social, indemnización moratoria e indemnización por despido injusto.

1.2 HECHOS.

Como fundamento de las pretensiones aseveró que laboró al servicio de la demandada desde el 12 de enero de 2015 hasta el 17 de mayo de 2020, y la relación terminó por decisión unilateral y sin justa causa de la empleadora. Precisó que se desempeñó como cuidadora del Luis Humberto Cabrera, padre de la accionada, debido a su enfermedad, por esa labor devengaba \$1.850.000 mensuales únicamente pero no recibía cesantías, primas de servicios, vacaciones, ni aportes a la seguridad social.

1.3 CONTESTACIÓN DE DEMANDA.

La enjuiciada se opuso a las pretensiones, afirmó que la actora no laboró a su servicio y que suscribieron un contrato de prestación de servicios para el cuidado del señor Luis Humberto Cabrera, por consiguiente, entre ellas no existió vínculo laboral; para enervar las súplicas formuló la excepción de inexistencia de las obligaciones pretendidas, ausencia del vínculo o relación jurídica de trabajo, falta de legitimación en la causa por activa y pasiva, buena fe, falta de causa para pedir y mala fe de la demandante.

1.4 SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá DC, profirió sentencia el 22 de agosto de 2022, absolviendo a la demandada de todas las pretensiones; para arribar a esa conclusión, argumentó lo siguiente:

Para que exista un contrato de trabajo se requiere que concurren tres elementos esenciales, uno, la actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo; dos, la continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador que faculta este para exigirle cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo tiempo cantidad de trabajo e imponerle reglamento es lo que mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato, todo ello sin que afecten o no la dignidad y los derechos del trabajador y un salario como retribución de servicio, destacándose que una vez reunidos los tres elementos de que trata esta norma, se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé, ni por otras razones o modalidades que se le agreguen, teniendo en cuenta lo anterior en este tipo de procesos, cuando se alude a la existencia de un contrato realidad, en donde en principio se señala que la vinculación se pactó bajo una modalidad distinta, pero que en la realidad se trata de un contrato que cumple con los elementos esenciales, le corresponde la parte demandante acreditar la existencia de la actividad personal en el periodo correspondiente.

Ahora bien, revisado, el expediente se encuentra acreditado efectivamente que la demandante desarrolló actividades de carácter laboral, al servicio de la demandada entre el 12 de enero del 2015 y el 17 de mayo del año 2020. Ahora bien, dentro de este escenario esta actividad para que se reputa laboral, contractual laboral, perdón, se requiere que sea de carácter personal, esto es realizada por sí mismo, lo que implica que el contrato de trabajo necesariamente es intuitu persona, la persona que presta el servicio necesariamente debe ser el trabajador. Pues si existe la alternativa de que alguien la reemplace, evidentemente ello desdibuja o desnaturaliza la actividad personal, pues dentro de este contexto se entiende que lo que le importa el contratante es la prestación del servicio, independientemente de quién vaya a prestar esa actividad. En principio, advierte el despacho que se vinculó a la demandante dado sus conocimientos técnicos en el cuidado de adultos mayores, o de personas que se encontraban padeciendo alguna condición médica, sin embargo,

pues se advierte del dicho mismo de la declarante y de los testigos que de la testigo que declaró en la instancia, refiriendo que ella la reemplazó y de la testigo de la parte demandada, que también alude a esa opción que se adoptó frente a una ausencia de la demandante que precisamente no era tan indispensable que fuera la demandante que prestara el servicio, pues se admitía la posibilidad de que alguien la reemplazara así haya sido esporádicamente y en dos ocasiones, lo que implica que la vinculación contractual de la demandante no era necesariamente intuito persona y por esta vía el primero de los elementos esenciales de los contratos de trabajo se ve desvirtuado en el presente trámite procesal y dentro de ese contexto de plano no puede declararse la existencia de un vínculo de esta naturaleza.

Ahora bien, si en gracia discusión el despacho pudiera dejar de lado esa alternativa de que la demandante pueda, en el marco de su actividad, dejar a alguna otra persona en su reemplazo, así sea en situaciones excepcionales, pues conviene precisar que en el informativo, pues el elemento de la continuada subordinación y dependencia no surge al punto que pues la demandante, al ser indagada sobre qué instrucciones recibía alude a que la demandada pues lo que pedía era informes de las actividades cumplidas a lo largo del día respecto del paciente, lo que no comporta en el marco de este tipo de vinculación, el despliegue del ejercicio de un poder subordinante, sino precisamente de la necesidad que tiene el contratante de verificar que el contratista efectivamente esté cumpliendo con el objeto contractual al cual se comprometió.

Inconforme con la decisión, el apoderado de la parte demandante presentó recurso de apelación, fundamentado en lo siguiente:

“considere de pronto por error valoración de la prueba y por errónea aplicación de la prueba, señor juez, quisiera apelar por la sentencia indicada a pesar de los argumentos jurídicamente por ustedes expuestos, pero pues hay que sujetarlo, pues en qué consiste el error, bueno, pues a ver las declaraciones que se dieron en el marco de las prácticas de pruebas realizadas el día de hoy.

El despacho considera que se dice que hay un contrato que puede ser verbal, a pesar de ser contrato y prestación que hay servicios especializados con les he dicho que ya ni siquiera es profesional cuando se ha dicho que era intuito personal, pues porque se tenía la falsa creencia que estamos frente a la prestación de servicios y lo contrato laboral como quiera, señor juez también que a pesar de que se es testigo de oídas, pues sí se dijo no, que no, no nos cosas, por ejemplo, a ninguno también lo ratifican, no hay llamados de atención, pero sí hay el concepto de certificaciones, el concepto de que tocaba pedir permisos, entonces no están intuito persona como se pedían los permisos, es decir, se daba un trato de trabajadora a mi poderdante, porque si está allí, a pesar de que nuevamente digo ustedes estaban en la falsa creencia que lo que celebraron prestación de servicios”

II. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Transcurrido el término para alegar de conclusión, las partes guardaron silencio.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

3.1 PRESUPUESTOS PROCESALES Y ALCANCE DEL RECURSO

Conoce la Sala de la apelación de la sentencia presentada por la parte demandante, de conformidad con lo señalado en el artículo 66 y 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

3.2 PROBLEMA JURÍDICO

Esta Sala se ocupará de analizar, si la sentencia acusada está o no conforme a derecho.

3.3. EXISTENCIA DEL CONTRATO

En lo que tiene que ver con la existencia de una relación laboral según lo previsto en los artículos 23 y 24 del Código Sustantivo del Trabajo, debe aclararse que esta se produce por la prueba certera de los elementos que le dan origen conforme el primero de los citados artículos, o por la presunción consagrada en el segundo, tras la acreditación concreta del servicio personal de un individuo.

Se discute en esta oportunidad si entre las partes existió o no un vínculo laboral, con el fin de dilucidar este aspecto debemos recordar que, de acuerdo con el artículo 23 del CST, son elementos esenciales de este tipo de acto jurídico:

1. Para que haya contrato de trabajo se requiere que concurren estos tres elementos esenciales:
 - a. La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo;
 - b. La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato. Todo ello sin que afecte el honor, la dignidad y los derechos mínimos del trabajador en concordancia con los tratados o convenios internacionales que sobre derechos humanos relativos a la materia obliguen al país; y
 - c. Un salario como retribución del servicio.

En este asunto, la Sala encuentra que la defensa se centró en desconocer la existencia de una relación laboral subordinada, sobre este aspecto, tiene sentado la Sala de Casación Laboral de la Corte que la subordinación es el elemento diferenciador entre una relación laboral y una civil o comercial (SL2885-2019). Lo anterior, en tanto en contratos comerciales como en laborales, pueden estar presentes la prestación personal del servicio y la remuneración, por tanto, la dependencia es el factor que marca la diferencia entre uno y otro.

La subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, en los términos del artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, *«faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato»*.

Sin embargo, el legislador trasladó al empresario la carga de demostrar que no se está ante un contrato dependiente sino verdaderamente autónomo, eso es lo que se desprende de la presunción que estableció el artículo 24 del CST acerca de que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de esa naturaleza; en orden con esto, para que se configure el contrato de trabajo, si el interesado demuestra la prestación personal del servicio, el presunto empleador, para liberarse debe acreditar ante el juez que no existió una prestación de un servicio que estuviese regida por las normas laborales (C-665 de 1998).

Por lo tanto, será el juez, con fundamento en el principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de la relación laboral, consagrado en el artículo 53 de la Carta Política, quien examine el conjunto de los hechos, bajo la óptica de los diferentes medios de prueba, y verifique que ello es así y que, en consecuencia, queda desvirtuada la presunción.

Así lo ha entendido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, verbigracia en la sentencia del 2 de junio de 2009, rad. 34759, señaló sobre el particular:

El artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, justamente consagra una presunción a favor de la persona natural que presta servicios personales a otra natural o jurídica, en el sentido de que, bajo ese supuesto fáctico, se entiende que el ligamen que los ata es una relación de trabajo, trasladándose la carga de probar lo contrario al demandado, si desea desvirtuar la presunción.

En fallo de 23 de septiembre de 2008 (Rad. 33526), y de 4 de febrero de 2009 (Rad. 33937), esta Sala de la Corte dejó asentado, en síntesis, que el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo contiene una presunción, según la cual, a partir de la acreditación de la prestación personal de un servicio, el pretense trabajador no corre con la carga de probar el segundo de los elementos del artículo 23 ibidem.

En ese orden, la intelección que el juez de la alzada le imprimió al mencionado artículo 24 fue equivocada, pues, en suma, lo que dicho canon legal quiere significar es que, una vez demostrada la prestación de un servicio personal, la carga de probar que esa vinculación no giró bajo la égida de un contrato de trabajo, gravita sobre el demandado.

La misma corporación en sentencia del 8 de junio de 2016, Radicado 47.385, M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, reiteró el criterio que de antaño ha adocinado:

... para la configuración del contrato de trabajo se requiere que esté demostrada la actividad personal del trabajador a favor del demandado, y en lo que respecta a la continuada subordinación jurídica - que es el elemento característico y diferenciador de toda relación de carácter laboral -, no es menester su acreditación cuando se encuentra evidenciada esa prestación del servicio, dado que en tal evento, lo pertinente es hacer uso de la presunción legal prevista en el artículo 24 del CST, modificado por el art. 2° de la L. 50/1990, según el cual «se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo»

De acuerdo con lo anterior, al actor le basta con probar en el curso de la Litis, su actividad personal, para que se presuma en su favor el contrato de trabajo, y es al empleador a quien le corresponde desvirtuar dicha presunción, demostrando que la relación fue independiente y no subordinada.”

Situados en este punto recordemos que, la existencia y las condiciones del contrato de trabajo bajo las cuales se pacta el nacimiento de dicho acto jurídico, pueden acreditarse por los distintos medios probatorios ordinarios, así como que en materia laboral el juez no está sujeto a la tarifa de valoración de la prueba, así lo explicó la Sala de Casación laboral, verbigracia en la sentencia CSJ SL4723 de 2019 señaló:

El artículo 61 del Código de Procedimiento Laboral les concede a los falladores de instancia la potestad de apreciar libremente las pruebas aducidas al juicio, para formar su convencimiento acerca de los hechos debatidos con base en aquellas que los persuadan mejor sobre cuál es la verdad real y no simplemente formal que resulte del proceso. Todo ello, claro está, sin dejar de lado los principios científicos relativos a la crítica de la prueba, las circunstancias relevantes del litigio y el examen de la conducta de las partes durante su desarrollo.

Pueden, pues, los jueces de instancias, al evaluar las pruebas fundar su decisión en lo que resulte de algunas de ellas en forma prevalente o excluyente de lo que surja de otras, sin que el simple hecho de esa escogencia permita predicar en contra de lo resuelto así la existencia de errores por falta de apreciación probatoria y, menos aún, con la vehemencia necesaria para que esos errores tengan eficacia en el recurso extraordinario de casación como fuente del quebranto indirecto que conduzca a dejar sin efecto la decisión que así estuviera viciada.”

Ahora, sobre la vinculación de auxiliares de enfermería con contratos de prestación de servicios, el Alto Tribunal Constitucional al estudiar un caso similar postuló que el presupuesto de la subordinación puede determinarse a través de pruebas indiciarias, estableciendo que la vocación de permanencia, la imposición de horarios y otras exigencias de índole laboral pueden llevarnos a la conclusión de que existió una verdadera relación de trabajo y no una relación regida por un contrato civil, así lo explicó la Corte Constitucional, en la sentencia T-366/23:

62. *La subordinación.* Esta condición consiste en la facultad por parte del empleador de exigirle al trabajador en cualquier momento el cumplimiento de órdenes en el desempeño de su labor, las cuales “*pueden estar relacionadas con el tiempo, modo y cantidad de trabajo, así como la imposición de reglamentos para la ejecución de sus tareas*”^[79]. En ese sentido, la subordinación, como elemento determinante del contrato de trabajo, ha sido entendida por esta corporación como “*un poder jurídico permanente de que es titular el empleador para dirigir la actividad laboral del trabajador, a través de la expedición de órdenes e instrucciones y la imposición de reglamentos, en lo relativo a la manera como éste debe realizar las funciones y cumplir con las obligaciones que le son propias (...)*”^[80].

63. Por lo demás, en cuanto a los medios idóneos para probar la subordinación, en numerosas oportunidades se ha reiterado la eficacia de la prueba indiciaria para llevar al juez al convencimiento suficiente al respecto ^[81]. Así, puede analizarse, por ejemplo, si el trabajador debe cumplir con un horario impuesto por el empleador ^[82] o si la función ejercida tiene naturaleza de permanencia por ser propia del giro ordinario de los negocios que desarrolla la empresa ^[83] o si se le aplica el reglamento interno de trabajo ^[84]. No obstante, existe libertad a la hora de demostrar la relación de subordinación a través de indicios.

64. Otro de los indicios que es significativo para determinar la existencia del vínculo laboral es la temporalidad del contrato ^[85]. Como ya se analizó, una de las características esenciales del contrato de prestación de servicios es la limitación en el tiempo del mismo, pues su objetivo debe ser claro y excepcional. Por lo tanto, en caso de que se demuestre que la relación contractual perduró por un tiempo considerable, bien sea a través de un solo contrato o a través de sucesivos contratos continuos, es posible deducir la existencia de un verdadero vínculo laboral.

65. Así, la prueba indiciaria es fundamental para acreditar la existencia de una verdadera relación laboral y el operador jurídico está llamado a prescindir de los elementos formales que envuelven el contrato con el objetivo de establecer la verdadera definición del vínculo ^[86], pues existe

libertad probatoria a la hora de acreditar la existencia de los elementos constitutivos del contrato realidad.

3.5 DEL CASO EN CONCRETO

La demandante afirmó que, aunque laboró al servicio de la señora Martha Lucía Cabrera Tovar, ella desconoce la existencia de ese vínculo empleatício, por consiguiente, para activar la presunción contenida en el artículo 24 del CST la reclamante debía probar la prestación personal del servicio en favor de la demandada, pues *«Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen»*, artículo 167 del CGP aplicable por analogía del 145 del CST).

En sentencias como la CSJ SL728-2021, CSJ SL102-2020, y CSJ SL447-2019, entre otras, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, precisó que si bien es cierto a la parte actora le basta con probar la prestación o la actividad personal, para que se presuma el contrato de trabajo, mientras la demandada debe desvirtuar dicha presunción; también lo es, que no queda relevada de otras cargas probatorias, como por ejemplo la demostración de los extremos temporales de la relación, el monto del salario, su jornada laboral, el trabajo en tiempo suplementario si lo alega, el hecho del despido cuando se solicita la indemnización respectiva.

Descendiendo al caso concreto encontramos que la sola narrativa de los hechos de la demanda y la contestación y el relato de los testigos, deviene evidente la prestación de servicio por parte de la señora María Esperanza Delgado, en la residencia de la señora Cabrera Tovar, esto para el cuidado de su padre, señor Luis Hernando Cabrera, quien padecía la enfermedad de Parkinson, y requería de especial atención que su hija no podía prodigarle, primero por el desconocimiento de la enfermedad, y segundo, por la intensidad de las labores que se extendían a las 24 horas, los 7 días de la semana.

El punto álgido consiste en determinar si las labores que realizó la señora Delgado corresponden a aquellas propias del trabajo subordinado y si este se realizó en favor de la señora Cabrera Tovar.

Establecida la prestación personal del servicio, que nunca se cuestionó, emerge la presunción de subordinación prevista en el artículo 24 del CST, por la que, por admitir prueba en contrario, el presunto empleador debe desvirtuar y demostrar que fue un vínculo de otra índole, con este fin se analizarán los interrogatorios y testimonios

recibidos durante el proceso.

En ese caso, la demandada declaró que con la accionante suscribió un contrato verbal para la prestación del servicio del cuidado de su padre, pero adujo que ejercían su labor independiente, y que no le impartía directrices acerca de cómo realizar su labor; sin embargo, esta situación puede resultar obvia, si se recuerda que la misma enjuiciada señaló que se vio obligada a contratar cuidadoras por carecer de los conocimientos y capacidades para el tratamiento y cuidado de la enfermedad de su padre, ahora, la señora Cabrera Tovar hizo alusión a que su única exigencia consistía en tener garantizada la atención de su padre durante todas las horas del día, de hecho, la terminación del servicio ocurrió como consecuencia de haberse ausentado la hoy demandante de su turno.

La primera instancia, a pesar de que encontró acreditada la prestación personal del servicio en favor de la demandada, una vez analizó el interrogatorio absuelto por la señora Esperanza Delgado, concluyó que esta no era «*en razón de la persona*», por cuanto la demandante confesó que la señora Cabrera Tovar le permitió, en varias ocasiones, dejar a dos de sus sobrinas al cuidado del paciente, lo que a su juicio daba cuenta de una verdadera autonomía, ajena al contrato de trabajo, en esa medida consideró que el servicio no se prestó personalmente, y que la actora podía enviar a otras personas en su reemplazo.

En el proceso se escucharon las versiones de las mencionadas sobrinas, así Laura Carolina Canter Delgado, dijo que solo en dos oportunidades reemplazó a su tía, por algunas horas, y que al llegar al sitio la demandante había dejado organizadas gran parte de sus labores para evitarle esfuerzo mayor al atender a la persona bajo su cuidado, explicó igualmente que esos reemplazos tuvieron lugar porque la señora Delgado necesitaba hacer unos cursos, y asistir a la ceremonia de grado, pero para ello siempre contó con la anuencia de la señora Cabrera Tovar, de quien en ninguna ocasión recibió pago. Esa declaración deja en evidencia que, las labores las realizaba la demandante quien no contrató con terceras personas los mencionados servicios de cuidadora.

Esta conclusión se extrae también del testimonio de Yoneida Miranda quien reiteró que conoció a María Esperanza trabajando como cuidadora del papá de Martha Lucía, explicó que había dos cuidadoras que cambiaban de turno cada 24 horas; que se le impartían órdenes e igualmente manifestó que la demandante, en una ocasión, envió a su sobrina para que la reemplazara en el turno.

Del análisis antes efectuado, en aplicación del principio de primacía de la realidad sobre las formas referentes a los acuerdos celebrados entre las partes, que es elemento cardinal del derecho laboral consagrado en el artículo 53 de la Carta Política, es claro que la demandante realizó una actividad personal en beneficio de la convocada a juicio, señora Martha Lucia Cabrera Tovar, estando demostrado que la señora Delgado prestaba un servicio con vocación de permanencia en beneficio de su contratante, que esta cumplía a cabalidad con las exigencias requeridas para el cuidado del señor Cabrera, específicamente el tema de presencialidad y permanencia en el servicio durante todas las horas del día, y que por este recibía una remuneración.

Al acreditarse que el demandante no era autónomo, ni independiente en la prestación de sus servicios, pues la labor quedaba enteramente sujeta a instrucciones, sin margen para la creación personal, que se le exigía disponibilidad de tiempo, que era supervisado en sus labores, se ha de concluir que la actora estaba sujeta a subordinación laboral. Al respecto, en sentencia del 21 de febrero de 1984, radicación 7144, se dijo que:

Respecto del elemento subordinación se han elaborado diversas teorías como la personal, la económica y la jurídica; esta última es la que ha tenido mayor aceptación por la doctrina y la jurisprudencia, y se le hace consistir en la posibilidad jurídica que tiene el patrono para dar órdenes e instrucciones en cualquier momento, y en la obligación correlativa del trabajador para acatar su cumplimiento. Sin embargo, no es necesario que esa facultad sea constante, que se ejerza continuamente, aunque el patrono puede ejercerla en cualquier tiempo.

“Pero el grado de subordinación varía según la naturaleza de la labor de que desempeñe el trabajador, y así por ejemplo en el desempeño de labores técnicas o científicas el grado de subordinación es casi imperceptible, y lo mismo se puede decir de los trabajadores calificados. En cambio, en los que no lo son la subordinación es más acentuada, más ostensible y directa; más aún existen algunos trabajadores como los que prestan sus servicios en su propio domicilio, en donde la subordinación casi desaparece, y sin embargo, nuestro estatuto laboral los considera vinculados por contrato de trabajo...”

Ahora, a juicio de la Sala, la circunstancia de que la demandante, como lo afirmaron los testigos en dos oportunidades delegó en sus sobrinas, que eran terceros en la relación, las labores de cuidado, no desnaturaliza la subordinación como erradamente lo concluyó la primera instancia, quien dejó de lado lo expresado por los declarantes en cuanto a que cuando ello sucedió, se produjo con la aquiescencia de la demandada, en coordinación con ella, adicionalmente, las labores ejecutadas por la demandante se cumplieron en forma permanente, en la residencia de la familia Cabrera, durante los horarios indicados por ella quien era la única beneficiaria del servicio, sin que la actora haya sido una verdadera independiente, como lo aduce la enjuiciada, dado que en este caso en particular carecía de un negocio propio, estructura empresarial o medios de producción

y recursos para desarrollar la labor de manera autónoma.

Sin lugar a duda, las pruebas conducen a una conclusión contraria a la que arribó el juzgado, al develar las condiciones de modo, tiempo y lugar que le impuso la señora Cabrera Tovar, como empleadora, a la señora Delgado, así las cosas, del análisis que se efectúa del acervo probatorio, concluye esta Corporación que estuvo demostrada la existencia del contrato de trabajo.

Una vez demostrada la existencia del contrato de trabajo, es menester establecer la modalidad contractual que ligó a las partes que al no haberse previsto ninguna, pues el pacto de duración a término fijo de los contratos de trabajo (art. 46 CST) debe constar por escrito, se sigue la regla general debe entenderse celebrado a término indefinido.

En la sentencia CSJ SL2600-2018 (R. 69175) del 27 de junio de 2018 la Corte se ocupó del tema y señaló que «Así, la falta de una estipulación escrita sobre el término fijo, hace que el contrato laboral se entienda celebrado a tiempo indefinido» (art. 45 CST); y en cuanto a la formalidad, la jurisprudencia laboral ha dicho que «el contrato de trabajo en cuanto género, no está sometido a una forma determinada para su existencia, por lo que para su nacimiento es suficiente con que concurra un acuerdo de voluntades entre empleador y trabajador» (CSJ SL2600-2018).

De lo analizado se declarará la existencia de un contrato de trabajo entre las señoras María Esperanza Delgado y la señora Martha Lucía Cabrera Tovar por el tiempo comprendido entre el 12 de enero de 2015 al 17 de mayo de 2020, época que coincide con el inicio y la culminación de la prestación de servicios.

DE LAS VACACIONES, PRIMAS DE SERVICIO, AUXILIO DE CESANTÍAS E INTERESES DE CESANTÍAS.

Le asiste razón a la demandante, en cuanto tiene derecho al reconocimiento y pago de las prestaciones sociales y las vacaciones compensadas adeudadas durante todo el tiempo laborado desde el 12 de enero de 2015 al 17 de mayo de 2020, sobre un salario de \$1.850.000 pesos, con lo que la Sala procede a liquidarlos de la siguiente manera:

Por concepto de vacaciones compensadas, se adeuda lo siguiente:

Salario	Fecha Inicio	Fecha Final	Días por pagar	Valor Adeudado
---------	--------------	-------------	----------------	----------------

\$ 1.850.000 12/01/2015 17/05/2020 1952 \$ 5.015.556

Por concepto de primas de servicios, se adeuda lo siguiente:

Salario	Fecha Inicio	Fecha Final	Días por pagar	Valor Adeudado
\$ 1.850.000	12/01/2015	17/05/2020	1952	\$ 10.031.111

Por concepto de cesantías, se adeuda lo siguiente:

Salario	Fecha Inicio	Fecha Final	Días por pagar	Valor Adeudado
\$ 1.850.000	12/01/2015	17/05/2020	1952	\$ 10.031.111

Por concepto de intereses de cesantías, se adeuda lo siguiente:

Cesantías	Fecha Inicio	Fecha Final	Días por pagar	Valor Adeudado
\$ 10.031.111	12/01/2015	17/05/2020	1952	\$ 6.526.910

Para una suma total de treinta y un millones setecientos cuatro mil seiscientos ochenta y ocho pesos (\$31.704.688).

DEL DESPIDO INJUSTIFICADO

Nuestra legislación laboral faculta al empleador a dar por terminado de manera unilateral la relación laboral por una justa causa enlistada en el artículo 62 del CST, siempre y cuando constituya una falta calificada como grave en el contrato de trabajo, reglamento interno del trabajo o en la convención colectiva. En ese escenario jurídico, el precedente reiterado y pacífico de la Sala de Casación Laboral ha considerado que en esos casos se le traslada la carga de la prueba a la demandada, a quien le incumbe demostrar las justas causas aducidas, en razón de que la carta de despido por sí sola no demuestra la existencia de los hechos que se le endilgan al trabajador, sino que debe valorarse de manera conjunta con otros elementos probatorios que acrediten la existencia de los hechos, como en la sentencia CSJ SL4547 de 2018, donde se expuso:

No debe perderse de vista que era a la parte accionada a la que le concernía la carga de la prueba en cuanto al despido con justa causa. Esta Corporación ha sostenido en innumerables oportunidades que una vez aprobado por el demandante el hecho del desahucio –lo cual se cumplió cuando adosó la carta de despido y los demandados asintieron tal hecho en la contestación-, a la parte accionada le correspondía acreditar la ocurrencia de los motivos argüidos como justa causa para la terminación del vínculo laboral, es decir, la inasistencia continuada del demandante o, en sus palabras, «el abandono del cargo», no siendo suficiente para dichos efectos las razones indicadas en la carta de despido, en la medida en que este

elemento probatorio por sí solo, no es capaz de demostrar la existencia de los hechos allí invocados, razón por la que es menester que se complemente con otros medios de convicción.

Al respecto ha dicho la Corte:

(.....) para la autoridad judicial ello no es suficiente para acreditar los hechos que allí se le atribuyeron al actor, y esta aserción, además de que no es desvirtuada por la censura, la comparte íntegramente la Corte, toda vez que, como se ha dicho en otras oportunidades, lo manifestado allí constituyen los motivos de la decisión del empleador, pero por sí solo, no demuestra la existencia de los mismos, sino que las imputaciones al trabajador deben estar soportadas en otras pruebas del proceso que acrediten la existencia de los hechos. (CSJ SL, 26 ago. 2008, rad. 33535).

No basta con comunicar los motivos que llevan a finalizar unilateralmente el contrato laboral, dado que para que un despido se repunte justo el empleador debe documentar la falta atribuida al subordinado y recaudar todo el acervo probatorio que sustente debidamente su ocurrencia. De lo contrario, fallará en la labor demostrativa que le incumbe en el escenario judicial y las imputaciones en las que fundamentó la rescisión contractual quedarán como simples señalamientos sin confirmación.”

En el acervo probatorio, está demostrado que la relación de trabajo se feneció el 17 de mayo de 2020, de forma unilateral por la demandada, lo que atribuyó a que la señora Esperanza Delgado, presuntamente faltó un domingo de mayo.

Cobra relevancia que la señora Esperanza presentó una incapacidad entre el 9 y el 12 de mayo del 2020, y que el motivo «aparentemente predominante» para poner fin al contrato fue que la señora Delgado prestó servicios en otra unidad residencial, hecho que la hoy demandada consideró «una acción desleal», y tomó la determinación de prescindir de sus servicios, sin exponer con suficiente claridad cuáles fueron los hechos y las normas violadas por la prestadora, y la sanción a la que esta se sometía por su actuar.

Siendo ello así, la empleadora debe reconocer a la demandante, la indemnización prevista en el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo, la cual, se liquida así:

Salario	Salario Diario	Fecha Inicio	Fecha Final	Días por pagar	Valor Adeudado
	\$				
\$ 1.850.000	61.667	12/01/2015	17/05/2020	137	\$ 8.448.333

Correspondiéndole así, una suma de ocho millones cuatrocientos cuarenta y ocho mil trescientos treinta y tres pesos (\$8.448.333), a título de indemnización por despido injusto.

LA INDEMNIZACIÓN MORATORIA.

Con relación a la sanción moratoria del artículo 65 del CST, está prevista por la ley para el empleador que obrando de mala fe deja de pagarle al trabajador los salarios y prestaciones adeudadas a la terminación del contrato.

Sobre la procedencia de esta pena, es necesario que esté acreditada la mala fe del empleador, en contravía de la buena fe, esta última entendida como el actuar recto y leal, la cual se presume según las voces del artículo 83 de la Carta Política. En particular la jurisprudencia del tribunal del cierre, en sentencia CSJ SL199-2021, citada en la CSJ SL3977-2022, afirmó:

[...] cabe anotar que si bien es cierto en algún momento del desarrollo de su jurisprudencia esta Sala de la Corte consideró que, de cara a la imposición de la sanción por mora en el empleador incumplido existía una presunción de mala fe, ese discernimiento no es el que en la actualidad orienta sus decisiones, porque, pese a que mantiene su inveterado y pacífico criterio sobre la carga del empleador para exonerarse de la sanción por mora, de probar que su conducta omisiva en el pago de salarios y prestaciones sociales al terminar el contrato estuvo asistida de buena fe, considera que ello en modo alguno supone la existencia de una presunción de mala fe, porque de las normas que regulan la señalada sanción moratoria no es dable extraer una presunción concebida en tales términos, postura que, ha dicho, se acompasa con el artículo 83 de la Carta Política.

Según el anterior precedente, la condena por indemnización moratoria no es automática, sino que es menester demostrar que el incumplimiento en el pago de los salarios y prestaciones sociales adeudados se debe a su mala fe, por lo que, si existen razones que justifiquen razonablemente su incumplimiento, no hay lugar a imponerla.

En orden con lo expuesto, deviene claro que deberá revocarse la absolución sobre este punto de litigio, por cuanto ella se edificó en la presunción errada de no estar atado bajo una relación empleado-empleador, como se evidencia en su contestación de demanda, así mismo, de las declaraciones de partes y testimonios recibidos, cuando en realidad se trataba de lo contrario. Al respecto, la jurisprudencia del nuestro órgano de cierre en casos similares a este ha sido reiterativo en señalar que:

En la sentencia CSJ SL3936-2018, reiterada en CSJ SL3288-2021, se consideró:

Por tanto, la forma contractual adoptada por las partes no es suficiente para eximir de la sanción moratoria, en la medida que, igualmente, deben ser allegados al juicio otros argumentos y elementos que respalden la presencia de una conducta conscientemente correcta. Así entonces, no se advierte que el Tribunal se hubiese equivocado al imponer la sanción moratoria en este caso, pues como bien adujo no existen elementos que lleven a pensar que la demandada obró de buena fe, para desconocer los derechos mínimos de la trabajadora y dicha carga probatoria le corresponde a la accionada, la cual no se satisface alegando el íntimo convencimiento de estar obrando en el marco de un contrato civil o comercial en el que la actora acordó prestar servicios en forma autónoma y, mucho menos, la presencia de cuentas de cobro a título de honorarios, ya que la prueba de la buena fe, se itera, debe ser en concreto.

Argumentos fácticos y jurídicos, que caben igualmente respecto a la exoneración de la sanción prevista por la Ley 52 de 1975 y Decreto Ley 116 de 1976, por el no pago de intereses a las cesantías.

Ahora, del análisis de las pruebas, si bien es cierto que se declaró la existencia de un vínculo empleaticio, el tipo de vinculación escogida por la enjuiciada aunque hacía prever que la empleadora está actuando conforme a la ley, y cumpliendo con las exigencias del caso, en realidad no lo era así, dado que si bien no ejerció acciones disciplinarias, dado que hasta los últimos días la señora Delgado nunca incumplió sus funciones, lo cierto es que si se dieron condiciones que hacían prever que estaba ante un verdadero vínculo laboral, como se concluyó anteriormente, por lo que, inexorablemente se debe revocar la decisión de la primera instancia al no emitir la condena correspondiente a indemnización moratoria por falta de pago del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, y disponer la condena de estas a partir del 18 de mayo de 2020 y hasta por 24 meses para una suma total de \$44.400.000 pesos.

Mientras que, para el caso de la indemnización moratoria por falta de pago del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, se dispone la condena de estas para cada anualidad a partir del 15 de febrero del año siguientes y hasta el 14 de febrero del próximo año, excepto las de 2020 que no generarían este mecanismo indemnizatorio, en razón a que el contrato culminó el 17 de mayo de 2020, así:

Concepto	Fecha Inicio	Fecha Finalización	Salario Diario	Días Sanción	Valor Moratoria
Cesantías Año 2015	15/02/2016	14/02/2017	\$ 61.667	366	\$ 22.570.000
Cesantías Año 2016	15/02/2017	14/02/2018	\$ 61.667	365	\$ 22.508.333
Cesantías Año 2017	15/02/2018	14/02/2019	\$ 61.667	365	\$ 22.508.333
Cesantías Año 2018	15/02/2019	14/02/2020	\$ 61.667	365	\$ 22.508.333
Cesantías Año 2019	15/02/2020	17/05/2020	\$ 61.667	93	\$ 5.735.000
Valor Indemnización					\$ 95.830.000

DE LA INDEXACIÓN LABORAL.

Sobre la solicitud de indexación laboral, nuestro órgano de cierre en sentencia Rad. 35550, del 13 de abril de 2010, señaló:

Vistos los antecedentes descritos, considera la corte que el Tribunal no incurrió en los yerros que le atribuye el recurrente, pues es claro que la aplicación de la indemnización moratoria, per se, no descarta la aplicación de la indexación, pues si bien en algunos eventos, la jurisprudencia ha venido estimando que por falta de pago de salarios y/o prestaciones sociales no es procedente que se imponga en forma simultánea la susodicha carga indemnizatoria, y a la vez, la corrección monetaria de esos mismos valores, por cuanto ello equivaldría a una doblen sanción, también se ha estimado,

que las dos pueden proceder en una misma sentencia, cuando se condena a la indemnización moratoria por falta de pago de salarios o prestaciones sociales y la indexación por no pago oportuno de otros créditos laborales, como sería la indemnización por despido injusto, vacaciones, etc., conceptos estos que no tienen otra forma de resarcimiento y que no son prestaciones sociales.

Este concepto ha sido reiterado por la Corte en su sala de decisión permanente, y la sala de Descongestión, por ejemplo, en sentencias Rad. 44385 del 18 de septiembre de 2012, sentencia Rad. 40067 del 22 de enero de 2013 y la sentencia SL3112 de 2023, entre otras.

Por tanto, para indexación o corrección monetaria, por ser incompatible con la indemnización moratoria antes decretada, se ordenará únicamente respecto del pago de las sumas condenadas por vacaciones.

DE LA AFILIACIÓN A SEGURIDAD SOCIAL, DEL PAGO DE APORTES PARAFISCALES Y DEVOLUCIÓN DE PAGOS REALIZADOS POR EL DEMANDANTE.

En cuanto al pago de los aportes a la seguridad social, de la pretensión sexta de la demanda, se extrae que se solicita que se declare que esta realizó dichos aportes como independiente en salud y pensiones.

En este caso, se pretende una declaración, que el trabajador le garantice el acceso a la seguridad social, garantizando ese derecho con el pago de cotizaciones como independiente, condición que era conocida por ambas partes, y que se asumió por la hoy demandante, sin reparo alguno, por lo que, la Sala considera que no es viable emitir condena para el pago de aportes ya sufragados, y tampoco la devolución reclamada, ya que se efectuaron porque las partes tenían la concepción errada de que no estaban bajo los efectos de un contrato de trabajo.

DE LA CONDENA EN COSTAS.

El artículo 365 del Código General del Proceso, sobre la condena en costas, establece que «1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto», en este caso, al resultar vencida la señora Martha Lucía Cabrera Tovar, advirtiéndose que el actuar de la demandada, lo que le obligó a exponer

su caso ante la jurisdicción ordinaria laboral, esto con el fin de que le fuese reconocido el derecho que pretendía.

En consecuencia, al revocarse la decisión de la primera instancia, y favoreciendo las resultas de las pretensiones de la demanda, la sentencia revisada se revocará. La condena en costas en primera y segunda instancia estará a cargo de la demandada y en favor de la demandante, María Esperanza Delgado, fijando como agencias en derecho, para la primera instancia, suma equivalente al 3.5% de las condenas emitidas en la sentencia, y en segunda, por un salario mínimo legal vigente al momento en que se liquiden las costas del proceso, de conformidad con lo normado en el numeral 1° del artículo 5 del Acuerdo PSAA16-10554 de agosto 5 de 2016.

En mérito de lo expuesto, la **SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

VI. DECIDE:

PRIMERO: Revocar la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, el 22 de agosto de 2022, dentro del proceso ordinario laboral promovido por la señora María Esperanza Delgado en contra de la señora Martha Lucía Cabrera Tovar, conforme con las consideraciones expuestas en esta providencia, la cual, quedará así:

- a) Declarar que existió un contrato de trabajo a término indefinido entre la señora María Esperanza Delgado y la señora Martha Lucía Cabrera Tovar, que se prolongó entre el periodo del 12 de enero de 2015 y el 17 de mayo de 2020, y terminó sin justa causa, conforme lo indicado en la parte motiva.
- b) Condenar a Martha Lucía Cabrera Tovar a pagar a la demandante la suma de treinta y un millones setecientos cuatro mil seiscientos ochenta y ocho pesos (\$31.704.688), por concepto de prestaciones sociales y vacaciones.
- c) Condenar a la demandada, al pago de la suma de ocho millones cuatrocientos cuarenta y ocho mil trescientos treinta y tres pesos (\$8.448.333), a título de indemnización por despido injusto.
- d) Condenar a la demandada, al pago de la suma de \$44.400.000 por concepto de indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del Código Sustantivo del

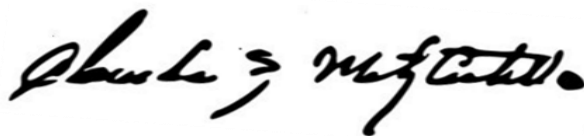
Trabajo y la suma de \$95.830.000 por concepto de indemnización prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

- e) Condenar a la demandada Martha Lucía Cabrera Tovar, al pago de la indexación de las vacaciones compensadas calculada a la fecha de su pago.

SEGUNDO: Costas en segunda instancia, a cargo de la demandada y en favor del demandante, fijando como agencias en derecho, para la primera instancia la suma equivalente al 3.5% de las condenas emitidas en la sentencia, y en segunda, por un salario mínimo legal vigente al momento en que se liquiden las costas del proceso, de conformidad con lo normado en el numeral 1° del artículo 5 del Acuerdo PSAA16-10554 de agosto 5 de 2016, conforme a lo dicho en la parte motiva de este proveído.

Notifíquese lo resuelto por **edicto, publíquese y cúmplase,**

Los Magistrados,



CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO

Magistrada Ponente



LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ

Magistrada



RAFAEL ALBEIRO CHAVARRO POVEDA

Magistrado



DEMANDANTE:	Claudia Esperanza Uribe Chacón
DEMANDADA:	Colpensiones y Porvenir SA
TIPO DE PROCESO	Ordinario Laboral
TEMA	Ineficacia
DECISIÓN:	Adiciona y confirma
RADICADO Y LINK:	11001310503620210016001 11001310503620210016001

En Bogotá DC, a los veintidós (22) días de marzo de dos mil veinticuatro (2024), la **Sala Segunda de Decisión Laboral, conformada por los Magistrados Luz Marina Ibáñez Hernández, Rafael Albeiro Chavarro Poveda, y Claudia Angélica Martínez Castillo**, quien actúa como ponente, se reunió para resolver los recursos de apelación interpuestos por Porvenir y Colpensiones, y el grado jurisdiccional de consulta que se surte en favor de ésta última, frente a la decisión adoptada por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá DC, en el proceso ordinario adelantado por la señora **Claudia Esperanza Uribe Chacón** en contra de **Porvenir SA y Colpensiones**.

Una vez agotado el procedimiento previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la Sala profiere, por escrito, la siguiente:

SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

I. ANTECEDENTES:

1.1. PRETENSIONES.

Pretende la demandante se declare la nulidad o ineficacia de su vinculación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -en adelante -RAIS- administrado por Porvenir SA; se ordene su traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida -en adelante RPMPD-; así como que se ordene el retorno a Colpensiones y su afiliación sin solución de continuidad. En consecuencia, se ordene a Porvenir SA trasladar a Colpensiones la totalidad de los aportes junto con sus rendimientos, bonos, cotizaciones, sumas

adicionales, gastos de pólizas por invalidez y muertes y devolución de los gastos de administración y a Colpensiones a recibir los aportes; con la actualización de su historia laboral con el detalle de la devolución de aportes.

Como subsidiarias deprecó la declaratoria de inexistencia de la afiliación del acto por medio del cual se trasladó al RAIS, y que su afiliación ha sido permanente en el RPMPD; costas y agencias en derecho; extra y ultra petita (págs. 8-10, pdf. 01, C01).

1.2. HECHOS

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que nació el 18 de octubre de 1963; su afiliación inicial al sistema general de seguridad social en pensiones lo fue al RPMPD a través del extinto ISS hoy Colpensiones el 8 de octubre de 1986; se encuentra vinculada como docente oficial; y luego se vinculó al RAIS con la Administradora del Fondo de Pensiones y Cesantías Invertir Futuro Pensiones. Pero que, la decisión inicial del traslado no fue informada, autónoma y consciente, por cuanto en ningún momento la AFP le brindó una asesoría completa, integral y veraz donde se le explicaran los beneficios y desventajas del traslado de régimen pensional; que a pesar de haber solicitado la nulidad de su afiliación a Porvenir SA, ésta fue negada por la AFP; lo que la llevó posteriormente a agotar la reclamación administrativa ante Colpensiones resuelta de forma negativa (pág. 10-14, idem).

1.3. TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA.

Admitida la subsanación de la demanda e integrada la litis, las demandadas se pronunciaron de forma oportuna, así:

Porvenir SA presentó oposición a las pretensiones de la demanda; solo admitió los que hablan de la petición de anulación del traslado resuelto de forma negativa; de los demás los negó o manifestó que no consta de ellos. Formuló como excepciones de mérito las de: prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, y la genérica (pág. 2-26, pdf. 05, ídem).

Colpensiones aceptó los hechos referentes a la edad de la demandante, su afiliación al ISS antes del traslado al RAIS, el traslado al RAIS a través de Porvenir SA, aclarando la fecha del mismo, y el agotamiento de la reclamación administrativa de forma desfavorable; de los demás hechos dijo no constarle. Propuso las excepciones de mérito

que denominó: la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (acto legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la constitución política), buena fe, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, y prescripción, aplicabilidad de la sentencia SL373 de 2021, y la innominada o genérica (pág. 2-20, pdf. 06, *idem*).

1.4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá DC, mediante sentencia del 10 de abril de 2023, dispuso:

PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA del traslado efectuado por CLAUDIA ESPERANZA URIBE CHACÓN del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, con efectividad del 01 de junio de 1994, a través de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Invertir Organismo Cooperativo hoy la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

SEGUNDO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., normalizar la afiliación de la activa en el Sistema de Información de los Afiliados a los Fondos de Pensión SIAFP y trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-, la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual del demandante, incluidos los rendimientos y bonos pensionales, lo recaudado por concepto de gastos de administración y comisiones, los costos de las primas de los seguros previsionales y los aportes realizados al fondo de garantía de pensión mínima, sumas que deberán ser debidamente indexadas. Lo anterior cubre tanto al periodo de afiliación con la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Invertir Organismo Cooperativo, como con HORIZONTE y el periodo de afiliación directamente con PORVENIR S.A.

TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a recibir e imputar, una vez recibidos los aportes, a la historia laboral de la demandante.

CUARTO: DECLARAR no probada la excepción de prescripción.

QUINTO: CONDENAR en COSTAS a PORVENIR S.A. y COLPENSIONES Liquidense como agencias en derecho con la suma de \$500.000, a cargo de cada una de las encartadas.

SEXTO: CONSÚLTESE con el Superior la presente sentencia, en favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-, conforme lo dispone el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S.

Conforme a la línea jurisprudencial trazada por la Corte Constitucional y la Sala de Casación Laboral de la CSJ, consideró que a pesar de que la demandada no contaba con una densidad de semanas suficientes para aspirar a la pensión y que la devolución de aportes sería más beneficiosa, aún cuenta con la posibilidad de completar el mínimo de semanas requeridas para obtener el reconocimiento de la prestación de vejez; en

consecuencia lo procedente era declarar la ineficacia en la medida en que la AFP demandada no probó haberle suministrado la asesoría suficiente y entregado información relevante, veraz y completa, al momento de su afiliación al RAIS o de su traslado entre AFP, en razón de que los formularios de afiliación por sí solos no constituyen prueba suficiente para tener por demostrado que la información fue veraz.

De conformidad con las consecuencias de la declaratoria de ineficacia, con la devolución de los dineros, cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, gastos de administración, sumas adicionales de la aseguradora, y los aportes al fondo de garantía de pensión mínima, se salvaguarda la sostenibilidad financiera del sistema, con los cuales Colpensiones cubrirá la prestación a futuro.

1.5. RECURSO DE APELACIÓN

Porvenir, expresó su inconformidad con la decisión, señalando que la indexación ordenada es improcedente, de acuerdo con la jurisprudencia en materia indemnizatoria con en la SL9316 de 2016, lo que resulta incompatible con los rendimientos que generaron los aportes de la afiliada; y que los rendimientos ordenados serían excluyentes de la indexación.

Colpensiones manifestó en la sustentación del recurso, que en cuanto a la inversión de la carga de la prueba, debe tener en cuenta que la actora con los medios y capacidades para comprender en qué consistía el traslado de régimen, que ellos actúan como un tercero de buena fe, que se está afectando la sostenibilidad financiera del sistema, y coloca en peligro la seguridad social de los demás afiliados que a diferencia de la actora sí han venido efectuando sus aportes a ese régimen para construir su pensión; y que se le debe absolver de la condena en costas.

1.6. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

El apoderado de la **demandante** solicitó la confirmación de la sentencia en torno a la declaratoria de ineficacia y las consecuencias de esta, en aplicación del precedente jurisprudencial (pdf. 006, C02).

El apoderado de **Porvenir SA** expresó su inconformidad señalando que no se configuraron los presupuestos de la ineficacia del traslado de régimen pensional, dado que se realizó de manera libre, voluntaria y consiente, tal y como se expresó en el

formulario de afiliación de acuerdo a la normatividad vigente, y que la accionante pudo trasladarse oportunamente; que no es argumento para acceder a la ineficacia la inconformidad de la demandante en cuanto a la diferencia en el monto de la mesada a percibir en cada régimen, porque este factor no vicia su voluntad. Señaló que solo deberían restituir los rendimientos de los aportes que hubieran tenido en el RPMPD. Reiterando los argumentos para solicitar la revocatoria de la indexación de los conceptos a devolver, por tratarse de una doble sanción (pdf 08, C002).

El apoderado de **Colpensiones** reiteró los argumentos expuestos en la sustentación del recurso en la primera instancia para que se revoque la sentencia; que no se demostró por la parte actora que haya existido vicio en el consentimiento en el traslado de la actora, y la afectación del principio de sostenibilidad financiera con la declaratoria de ineficacia del traslado y el retorno al RPMPD (pdf. 006, *idem*).

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

2.1. PRESUPUESTOS PROCESALES Y ALCANCE DEL RECURSO.

Conoce la Sala de los recursos de apelación y de la consulta de la sentencia a favor de Colpensiones de conformidad con lo señalado en los artículos 66A y 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

2.2. PROBLEMA JURÍDICO

Esta Sala analizará, si acertó el juez al declarar la ineficacia del traslado de la demandante Claudia Esperanza Uribe Chacón al RAIS, con el consecuente regreso al RPM administrado por Colpensiones, y establecer las consecuencias derivadas de ello.

2.3. HECHOS RELEVANTES PROBADOS

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: i) la demandante nació el 18 de octubre de 1963 (pág. 36, pdf. 01, C01); ii) cotizó al RPM a través del ISS hoy Colpensiones desde el 8 de octubre de 1986, hasta el 29 de abril de 1990 como lo acredita el reporte de semanas cotizadas de Colpensiones (pdf.6.1 Expediente administrativo); iii) se trasladó al RAIS administrado por Invertir, hoy Porvenir SA mediante la suscripción del formulario de afiliación de la fecha 26 de mayo de 1994 (pág. 100, pdf. 01, *idem*) con

afiliación activa desde el mes de julio de 1994, según consta en la historia laboral aportada por Porvenir SA (pág. 87, pdf. 05, idem); iv) agotamiento de la reclamación administrativa ante Colpensiones solicitando la aceptación del traslado y retorno a dicha administradora (pág. 106-114, pdf. 01 idem).

2.4. INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL.

El primer aspecto es recordar que, según el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, la selección de cualquiera de los regímenes previstos en el literal a) de esa disposición es libre y voluntaria, de manera que, cuando cualquier persona natural o jurídica, desconozca ese derecho, se hará acreedor a las sanciones del inciso 1º del artículo 271 de la misma ley, de acuerdo con la cual, cualquier persona que atente contra el derecho del trabajador a su afiliación, traerá como consecuencia que la afiliación quede sin efecto.

Aunque la afiliación es libre y voluntaria, las administradoras de pensiones están compelidas a cumplir con el deber de información, por lo que la decisión de traslado debe estar precedida del cumplimiento de ese mandato, tal como lo dispone el artículo 97, numeral 1º del Decreto 663 de 1993, que la misma debe ser transparente a los afiliados, *«de suerte que les permita, mediante elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado y tomar decisiones informadas»*.

Por información necesaria, la Sala de Casación Laboral ha afirmado que comprende:

la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones», y respecto a la transparencia, ha explicado que implica la obligación de dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, «los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios» (CSJ SL1452-2019, reiterada en SL1688-2019 y SL1689-2019)".

Así, el fondo de pensiones es responsable de proporcionar e indicar al usuario que pretende trasladarse de régimen, los elementos determinantes para tomar una decisión informada. En ese orden, el traslado no surte efectos cuando se le oculta información o no se le brinda en forma completa, porque en ese caso no existe una decisión verdaderamente libre y voluntaria, ya que la determinación de trasladarse de régimen pensional puede variar según la información que se brinde (sentencias CSJ SL373-2021

MP Clara Cecilia Dueñas Quevedo; CSJ SL12136-2014 MP Elsy del Pilar Cuello Calderón y CSJ SL17595-2017 sentencia de instancia).

Por lo tanto, no es posible evidenciar un verdadero consentimiento informado en quien carece de los elementos suficientes para adoptar una decisión adecuada a sus circunstancias particulares, de manera que es insuficiente afirmar que el afiliado expresó su voluntad al permanecer en el RAIS y que su vinculación conserva validez, cuando la administradora del fondo privado incumplió la obligación de brindarle la información necesaria, en obediencia a lo establecido en los artículos 2 y 12 del Decreto 663 de 1993, vigentes a la fecha del traslado y de la migración entre el RAIS.

De este modo, como la afiliada adujo la falta de información o la mala entrega de esta por parte de las AFP a las que estuvo afiliada y a la que se encontraba vinculada a la fecha de la demanda, éstas tienen sobre sí la carga de demostrar el cumplimiento de esa obligación, por cuanto: «*la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo*» (artículo 1604 CC), en ese orden, Porvenir SA era quien debía probar en contrario, que sí proporcionó la información completa y suficiente, en las etapas preparatorias y previas al traslado, porque cuenta con los medios técnicos y los conocimientos respecto a los servicios que ofrecen, es decir, era quien debía arrojar elementos de convicción al interior del proceso que, se brindó una asesoría personalizada y completa a la demandante al momento de su traslado, y/o migración en el mismo, analizando las circunstancias particulares de su caso.

Se reitera que la carga de la prueba, sin importar la circunstancia particular del afiliado, está a cargo de las AFP, toda vez que: (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuar 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, en razón de que es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento, y (iii) no es razonable invertir la carga de la prueba en contra de la otra parte de la relación contractual, por cuanto las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia respecto al afiliado lego (CSJ SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689-2019 y SL4426-2019).

En ese orden, la constatación de que se cumplió con el deber de información es ineludible, por lo que la simple firma del formulario de afiliación es insuficiente para acreditar el consentimiento informado del afiliado. Este es el criterio postulado por la CSJ en su Sala Laboral, en la sentencia SL19447-2017:

el acto de afiliación o traslado de régimen pensional debe estar acompañado de la decisión libre y voluntaria del afiliado, la cual no se limita a la simple manifestación de quien decide trasladarse, sino que debe ajustarse a los parámetros de libertad informada, es decir, la solicitud y trámite de traslado de régimen pensional, debe estar precedida de una información clara, comprensible y suficiente, sobre las consecuencias favorables y desfavorables que su decisión acarrea» (CSJ SL7561-2021, CSJ SL5595-2021, CSJ3719-2021),

Ahora, el hecho de que la afiliada hubiese suscrito el formulario de vinculación de cada AFP o que en el mismo se empleen leyendas o afirmaciones tales como que «*la afiliación se hace libre y voluntaria*», «*se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones*» u otras similares que suelen consignarse en los formatos preimpresos, no las libera de su obligación de cumplir de manera rigurosa y de buena fe su deber de información. A lo sumo, estas expresiones sirven para acreditar un consentimiento sin vicios, pero no uno debidamente informado (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31314, SL, 22 nov. 2011, rad. 33083, SL4964-2018, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018, SL1421-2019 y SL2877-2020).

Desde su creación, las AFP, estaban compelidas a suministrar información objetiva, comparada y transparente sobre las características, **ventajas y desventajas** de cada uno de los regímenes pensionales, así como de las **consecuencias jurídicas del traslado**, como lo preceptúa el artículo 97, numeral 1º del Decreto 663 de 1993, en armonía con el artículo 13, literal b) de la Ley 100 de 1993 (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689-2019, SL3464-2019, SL4360-2019, SL2611-2020, SL4806-2020 y SL373-2021).

En sus deberes estaba informar de las diferentes modalidades pensionales, que el valor de la pensión de vejez en el RAIS depende del capital consignado en la cuenta de ahorro individual; que si no completa el capital suficiente para obtener por lo menos una pensión mínima -equivalente al 110% del SMLMV a la fecha de expedición de la Ley 100 de 93, actualizado con el IPC (Índice de Precios al Consumidor), debe seguir cotizando, si es o no beneficiario del régimen de transición pensional y, las ventajas que se derivan del mismo, así como efectuarle las proyecciones aritméticas y los comparativos necesarios hacia el futuro de ambas opciones, con el cálculo aproximado del monto pensional que le correspondería, y en fin, mostrarle al afiliado **con detalle**, las ventajas y desventajas

de tomar la decisión de traslado de régimen pensional, para que la misma sea realmente libre y voluntaria.

Labor que debe trascender al «*deber del buen consejo*», como lo ha señalado la jurisprudencia laboral, en la medida que es responsabilidad de dichas administradoras y de sus promotores y/o asesores, velar por la información entregada a sus usuarios - Decreto 729 de 1994, artículo 10- por el cual se reglamentaron los artículos 105 y parcialmente el 287 de la Ley 100 de 1993.

Ahora, aunque Porvenir SA, insistió en su defensa que a la demandante le brindaron la asesoría requerida suficiente para el caso, así como Colpensiones, entes que insistieron en destacar que el incumbía tener conocimiento del traslado y sus consecuencia, la Sala no encuentra demostración que rebata la negación indefinida de la actora de que no la recibió. Observándose que la demandante en su interrogatorio manifestó que la información le fue suministrada en una reunión general, y a todo el personal lo reunieron y firmaron el formulario; que el asesor no le explicó que era una cuenta de ahorro individual, ni las modalidades por las cuales se podía pensionar en el RAIS, o como los aportes voluntarios, ni del derecho de retracto. Es decir, que no le explicaron de manera concienzuda las características del régimen, y menos que hubiera confesado o aceptado que tenía un conocimiento claro del mismo, por el contrario, solo permitió evidenciar un conocimiento vago o somero, mas no que conociera todas las características de ambos regímenes, las ventajas, desventajas y consecuencias que implicaba su traslado.

Bajo tales premisas, la Sala concluye que se incumplió uno de los presupuestos para la eficacia del acto de traslado de régimen pensional, como es, el deber de información, cuya ausencia, dada su incidencia en el derecho a la pensión de vejez, trae como consecuencia la declaración de ineficacia del traslado, y que las cosas vuelvan al estado anterior en el que se encontraban antes de aquella, como que la demandante nunca se trasladó al RAIS. Razón por la que en este punto se confirmará la decisión de primer grado.

2.5. CONSECUENCIAS DE LA DECLARATORIA DE INEFICACIA DEL TRASLADO.

Bajo esa tesitura, la declaración de ineficacia de traslado implica que las cosas vuelven al mismo estado en que se hallarían de no haber existido el cambio, esto es, se priva de todo efecto práctico al traslado «*bajo la ficción jurídica de que aquella nunca se trasladó*»

al RAIS o, más bien, siempre estuvo afiliada al régimen de prima media con prestación definida» (CSJ SL1689-2017).

La consecuencia jurídica es que **todos aquellos actos jurídicos que se celebraron con posterioridad a la suscripción de dicha afiliación pierden su fuerza vinculante**; por lo que es legítimo que **Porvenir SA** traslade a Colpensiones no solo las cotizaciones con los rendimientos financieros, como lo ordenó el *a quo* sino que también están compelidos a devolver, los porcentajes destinados a gastos de administración, primas de seguros previsionales y los aportes al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados, **sin que ninguna de las AFP pueda conservar ningún valor descontado de la cotización**, como lo ha determinado la jurisprudencia uniforme de nuestro órgano de cierre jurisdiccional desde la sentencia con Rad 31989 del 9 de sept/08, M.P. Eduardo López Villegas, reiterada en las SL 4989 y 4964 del 14 de nov/18, radicados 47.125 y 54.814, respectivamente, M.P. Gerardo Botero Zuluaga, SL 1688 del 8 mayo/19, SL 2877 del 29/07/2020, Rad. 78667, M.P Clara Cecilia Dueñas Quevedo, SL 3034 Rad. 86961 del 07/07/2021; 3571 Rad. 88476 del 04/08/2021; 3708 Rad 88556 del 18/08/2021; 3709 Rad. 88875 y 3710 Rad. 88550 del 18/08/2021; 3769 Rad, 84296 del 11/08/2021, SL755 Rad 90519, SL756 Rad 90548 del 09/03/2022 y SL1019 Rad 87915 del 16/03/2022, M.P Luis Benedicto Herrera Díaz; y SL843 Rad 85499 del 16/03/2022 M.P Gerardo Botero Zuluaga.

Por tanto, es acertada la decisión de la *a quo* que la administrara del RAIS deberá devolver a Colpensiones los aportes de la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con sus rendimientos, bonos pensionales, los **gastos de administración, seguros previsionales, y fondo de garantía de pensión mínima**, en consonancia con el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, del cual se desprende que los mismos están previstos tanto para el RPM como para el RAIS, y en los artículos 60 y 104 de la referida ley se establece su pago a cargo de los afiliados, por cuanto la consecuencia de la declaratoria de la Ineficacia del traslado de régimen pensional, es volver las cosas al estado en el que se encontraban antes .

En torno a los ataques de la apoderada de Porvenir SA relativos a la improcedencia de la indexación de los conceptos a trasladar a Colpensiones, se advierte, que esta opera por ministerio de la ley para menoscabo del detrimento patrimonial del RPMPD, conforme a los parámetros establecidos por nuestro órgano de cierre, en sentencias SL 359-2021 y especialmente la SL 950 de 2022, así:

... 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 sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones. Criterio que resulta igualmente aplicable respecto del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.

Y corroborado en el auto AL5492 de 2022, el cual expresó lo siguiente:

Ahora bien, en cuanto a las alegaciones planteadas, respecto del equilibrio económico pretendido por las normas de seguridad social, en razón del sostenimiento financiero, resulta pertinente indicar que la declaratoria de ineficacia del traslado no menoscaba el principio de sostenibilidad financiera del sistema, toda vez que la consecuencia de dicha figura jurídica, radica en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban, es decir, como si el cambio pensional no hubiera ocurrido; por lo tanto, los recursos que deben reintegrar los fondos privados a Colpensiones son utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas (CSJ SL2877-2020 y CSJ SL10222022).

Por consiguiente, se confirmará la orden a la AFP de devolver a Colpensiones los aportes de la demandante junto con sus rendimientos, para determinar que se a su vez deberá trasladar los gastos de administración, seguro previsional y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, en consonancia con los porcentajes de distribución estipulados en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, como se precisó en reciente jurisprudencia SL2048-2023, siendo estos **tres conceptos** los únicos sobre los cuales se dispuso la **indexación**.

Distinción que encuentra su asiento en que, por disposición legal, los aportes pensionales deben generar una rentabilidad mínima, con la cual compensar la pérdida del poder adquisitivo, siendo éste el argumento que sustenta la devolución de las cotizaciones con sus rendimientos causados; a diferencia de lo que ocurre con los restantes conceptos – gastos de administración - sumas destinadas al seguro previsional - montos dirigidos al fondo de garantía de pensión mínima-, que para el momento en que opere su devolución al RPMPD ya han sido afectados por el fenómeno de la depreciación, por ello la necesidad de ordenar su indexación, a fin de traerlos a valor presente.

Sin embargo, conviene aclarar que la actualización de los aportes solo opera si la AFP respectiva no pone a disposición de Colpensiones los conceptos ordenados en el plazo otorgado.

Amén de que ha sido reiterado el precedente que obliga a las AFP a cumplir la orden de devolución de aportes al RPM con cargo a sus propias utilidades o patrimonio, como en la sentencia SL3464 de 2019 donde se conceptuó:

Por esto mismo, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019).

Así mismo, se adicionará el numeral tercero, para ordenar que todas las obligaciones de traslado impuestas a Porvenir SA, deberán hacerse dentro de los 30 días siguientes a la sentencia emitida, con el suministro de la información prevista en el artículo 2.2.2.4.8 del Decreto 1833 de 2016 -por medio del cual se compilan las normas del Sistema General de Pensiones.

2.6. PRESCRIPCIÓN

Se advierte, tal y como lo conceptuó la juez, que la excepción de prescripción no está llamada a prosperar por cuanto la acción que involucra el tema de traslado de régimen pensional guarda relación inescindible con la causación, requisitos y valor de la pensión, ante ello se debe predicar la imprescriptibilidad de la presente acción, ver al respecto Sentencia SL-1421 de 2019, Radicado No. 56174 de 10 de abril de 2019.

En efecto, de manera reiterada y pacífica, la SCL de la Corte ha defendido la tesis de que las acciones judiciales encaminadas a que se compruebe la manera en que ocurrió un hecho o se reconozca un estado jurídico, son imprescriptibles. Lo anterior, bajo la premisa de que ni los hechos ni los estados jurídicos prescriben, a diferencia de lo que ocurre con los derechos de crédito y obligaciones que de ello surjan.

2.7 COSTAS DEL PROCESO

Finalmente, con relación a la censura de **Colpensiones** en la sustentación del recurso respecto de la condena en costas impuestas en primera instancia, debemos tener en cuenta que la misma se emite en su contra, pero no por su actuar negligente u omisivo, sino como consecuencia de la ineficacia de una afiliación por la desidia que tuvo un tercero con la demandante; así que las condenas que asume hoy surgen de la declaratoria de ineficacia, por lo que no hay lugar a condenar a esta codemandada a las costas de primera instancia, y en tal sentido se revocará parcialmente el numeral quinto de la sentencia objeto de alzada

Conforme con las razones fácticas, probatorias y de derecho expuestas en precedencia, la sentencia revisada en apelación y consulta se revocará parcialmente, adicionará y confirmará.

Costas de segunda instancia a cargo de Porvenir SA y en favor de la demandante, por haber sido vencida en la alzada. En esta instancia no se impondrán costas a Colpensiones, por haber prosperado parcialmente el recurso. Las agencias en derecho se fijan en \$1.300.000 a cargo de Porvenir SA y en favor de la demandante.

En mérito de lo expuesto, la **SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ DC**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

IV. DECIDE:

PRIMERO: REVOCAR parcialmente el numeral quinto de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá DC, el 10 de abril de 2023 dentro del proceso promovido por **Claudia Esperanza Uribe Chacón** contra la AFP Porvenir SA y Colpensiones; para absolver a Colpensiones de la condena en costas impuestas en primera instancia; de conformidad con las razones expuestas en la parte considerativa.

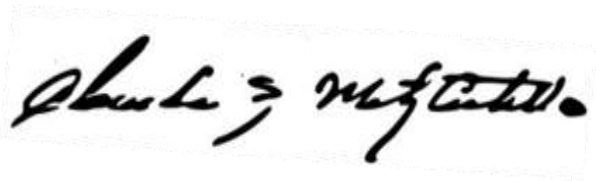
SEGUNDO: ADICIONAR el numeral segundo en el sentido de condenar a Porvenir SA a devolver a Colpensiones los aportes de la señora Claudia Esperanza Uribe Chacón, junto con sus rendimientos, bonos pensionales, los gastos de administración, seguro previsional y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, siendo estos tres conceptos los únicos sobre los cuales se dispuso la indexación; que deberá hacerse dentro de los 30 días siguientes a la sentencia emitida, con el suministro de la información prevista en el artículo 2.2.2.4.8 del Decreto 1833 de 2016 -por medio del cual se compilan las normas del Sistema General de Pensiones-,

TERCERO: Confirmar la sentencia en lo demás.

CUARTO: Costas a cargo de Porvenir SA y en favor de la demandante, por haber sido vencida en la alzada. En esta instancia no se impondrán costas a Colpensiones, por haber prosperado parcialmente el recurso. Las agencias en derecho se fijan en \$1.300.000 a cargo de Porvenir SA y en favor de la demandante.

Notifíquese lo resuelto por **edicto, publíquese y cúmplase,**

Los magistrados,



CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO
Magistrada Ponente



LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ
Magistrada



RAFAEL ALBEIRO CHAVARRO POVEDA
Magistrado

Link expediente digitalizado:

https://etbcsj-my.sharepoint.com/:f/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/EodnRmwy7gJNg_-wGZwtm-EBhz3FDjAve7veLRllo9NQ2w?e=qZ0JFu