



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.  
SALA LABORAL

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

**PROCESO:** ORDINARIO LABORAL  
**DEMANDANTE:** ALICIA DEL PILAR LUNA VICTORIA ELÍAS  
**DEMANDADO:** COLPENSIONES, y COLFONDOS S.A.  
**RADICACIÓN:** 110013105-024-2019-00516-01  
**ASUNTO:** APELACIÓN y CONSULTA  
**TEMA:** INEFICACIA TRASLADO

Bogotá D.C, treinta (30) de noviembre de dos mil veintiuno (2021)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 "*Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica*", se procede a proferir la siguiente,

### AUTO

En atención al memorial allegado mediante correo electrónico, se reconoce personería para actuar al Dr. MICHAEL GIOVANNY MUÑOZ TAVERA, identificado en legal forma, como apoderado sustituto de COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido.

### SENTENCIA ANTECEDENTES RELEVANTES

**1. Demanda.** ALICIA DEL PILAR LUNA VICTORIA ELIAS instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES, y COLFONDOS S.A. con el fin de que se declare la nulidad del traslado al RAIS. Como consecuencia, se declare que continúa válidamente afiliada al RPMPD administrado por Colpensiones. Se ordene a la AFP COLFONDOS S.A. a trasladar con destino a Colpensiones la totalidad de las cotizaciones y rendimientos, y las costas del proceso.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que inició sus cotizaciones al régimen de prima media administrado por el ISS, desde el 19 de julio de 1991; que se trasladó a COLFONDOS S.A. el 26 de julio de 2002; que la AFP COLFONDOS S.A. no le brindó asesoría al momento del traslado; que elevó solicitud de traslado ante COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES, pero le ha sido resuelto de manera negativa (fols. 2 a 12).

**2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.** Fue notificada en debida forma (fol. 108); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

### 3. Contestaciones.

**3.1 COLPENSIONES.** Presentó contestación oponiéndose a las pretensiones con fundamento en que el traslado al RAIS se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, ejerciendo su derecho a la libre escogencia de régimen, e igualmente, la demandante

se encuentra inmersa dentro de la prohibición legal de que trata el artículo 2 de la ley 797 de 2003. Como excepciones de mérito rotuló las de cobro de lo no debido, prescripción, falta de causa para demandar, presunción de legalidad de los actos jurídicos, buena fe en las actuaciones de Colpensiones, inexistencia de la obligación, inobservancia del principio constitucional desarrollado en el artículo 48 Constitucional adicionado por el Acto Legislativo 01 de 2005, el hecho de un tercero, calidades del demandante para conocer las consecuencias de su traslado, innominada o genérica. (Fols. 83 a 93).

**3.2 AFP COLFONDOS S.A.** Contestó la demanda presentando oposición a las suplicas de la demanda con basamento en que sí brindó a la demandante la asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones de la decisión de trasladarse de régimen, asesorándole sobre las características de dicho régimen, el funcionamiento del mismo, las diferencias entre ambos regímenes, las ventajas y desventajas; que no se presenta nulidad de traslado, ya que fue la demandante quien con su puño y letra suscribió el formulario de afiliación, acto jurídico válido. Como excepciones de fondo rotuló 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, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, y compensación y pago. (Fols. 117 a 123)

**4. Fallo de Primera Instancia.** Terminó la instancia con sentencia del 13 de septiembre de 2021, en la que la falladora de primera instancia declaró la ineficacia del traslado del RPMPD al RAIS; declaró para todos los efectos que la demandante nunca se vinculó al RAIS y que siempre estuvo afiliada al RPMPD; ordenó a Colfondos S.A. a trasladar a Colpensiones todos los valores que hubiese recibido con motivo de la afiliación de la demandante como cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, junto con los gastos de administración; ordenó a Colpensiones a recibir a la demandante como afiliada y actualizar y corregir la historia laboral una vez reciba los dineros que le traslade Colfondos; declaró no probada la excepción de prescripción. Finalmente, no condenó en costas.

La decisión se sustentó en que la selección de cualquiera de los regímenes es libre y voluntaria por medio de la entrega de la información completa y transparente; que se debe indicar las características, ventajas y desventajas de manera objetiva de cada régimen; que es un deber y obligación de las AFP dar la información cuando un afiliado se traslade de un régimen a otro; que la omisión al deber de información genera la ineficacia del traslado; que el deber de información debe estar presente en todas las etapas del proceso; que el formulario y sus cláusulas genéricas no son suficientes para acreditar la debida asesoría; que desde su creación las AFP tienen el deber de brindar información a los afiliados o usuarios sobre el sistema pensional.

Conforme a lo anterior, dio prosperidad a la declaratoria de ineficacia del traslado, ordenando a la AFP COLFONDOS S.A. que retorne a Colpensiones lo que repose en la cuenta de ahorro individual, como gastos de administración y comisiones. Finalmente, señaló que no es dable dar aplicación al fenómeno de la prescripción.

**5. Impugnación y límites del ad quem.** La decisión fue recurrida por **COLPENSIONES**, quien manifestó que la normatividad que regula el RAIS se encuentra a disposición de todos, en especial de los afiliados; que la ignorancia de la ley no sirve de excusa; que el error de derecho no da lugar a la declaración judicial de nulidad del negocio jurídico; que la demandante debe asumir las consecuencias de la

celebración de dicho acto jurídico; que el afiliado dentro del régimen es catalogado como consumidor financiero por lo que no solo ostenta derechos sino obligaciones; que se debe tener en cuenta la sentencia SL1450 de 2019 la cual indica que el afiliado debe concurrir suficientemente ilustrado a la escogencia de su régimen pensional; que un error de derecho no vicia el consentimiento; que Colpensiones nada tuvo que ver en el negocio jurídico celebrado; que la demandante se encuentra inmersa dentro de la prohibición legal para realizar el traslado. Finalmente, de acuerdo a la teoría del daño, quien lo causa es quien debe responder, como lo señala el artículo 10 del decreto 720 de 1990.

## **7. Alegatos de conclusión.**

**7.1 Colpensiones.** Solicita que se revoque la decisión de instancia ya que el traslado de régimen tiene plena validez, además se afecta la sostenibilidad financiera del sistema.

**7.2 Demandante.** Peticiona que se confirme el fallo de primera instancia, dado que se ajusta a derecho la declaratoria de ineficacia, ya que la AFP no aportó pruebas que demuestre el cumplimiento al deber de información.

### **CONSIDERACIONES DE LA SALA**

El recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES, se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por el recurrente, y se estudiará en consulta en favor de COLPENSIONES en lo que le sea desfavorable de conformidad con lo dispuesto en el art. 69 CPT y de la SS.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar el siguiente **problema jurídico principal** ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la accionante? En caso positivo, se abordarán los siguientes **problemas jurídicos secundarios**: (i) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que la accionante se trasladó de régimen?; (ii) ¿La falta de información se sana por el transcurso del tiempo?; (iii) ¿La AFP privada está obligada a devolver a COLPENSIONES las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos?; (iv) ¿COLPENSIONES debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante? y (v) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

#### **Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado**

Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que si bien es cierto, se solicitó la nulidad del traslado de régimen por falta de información al momento en que la demandante se trasladó al RAIS, lo cierto es, que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem, por tanto, resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia

bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente entre otras en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

### **Afiliación, cotización y traslado**

Se encuentra demostrado que la señora ALICIA DEL PILAR LUNA VICTORIA ELIAS, se afilió al otrora ISS, hoy COLPENSIONES desde el 19 de julio de 1991, con cotizaciones hasta el 31 de agosto de 2002, conforme aparece en la historia laboral expedida por COLPENSIONES (fol. 17 y 18); que el 26 de julio de 2002 se trasladó a COLFONDOS S.A. (Fol. 16), donde se encuentra actualmente, según su historia laboral de cotizaciones (Fol. 38 a 42).

### **Carga probatoria y deber de información**

Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en la AFP no en la demandante, en primer lugar, porque la omisión en torno al deber de información expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P., en segundo lugar, porque la **custodia de la documentación** así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993, y en tercer lugar, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, ha considerado que son las entidades de seguridad social las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que un afiliado al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a él sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 2002- la CSJ ha señalado que las AFP debían hacer una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

Adicionalmente es necesario indicar que, la Sala no desconoce que para el momento en que la demandante se trasladó al RAIS se encontraba vigente el Decreto 692 de 1994 "Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993" en cuyo artículo 11 señala que para adelantar el proceso de vinculación a la AFP se debe diligenciar el **formulario** previsto por la Superintendencia Bancaria y que en el mismo deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo posible que el formulario contenga la leyenda pre-impresa en ese sentido, sin embargo, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia bajo el radicado N.º 31989 del 2008, la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo impone el art. 1603 del C.C.

Señaló además la Corte en la sentencia SL 2324-2019 al reiterar la sentencia bajo el radicado N.º 33.083 del 2011, que por la doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de transparencia, vigilancia y el deber de información; éste último –información- debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Por tanto, la AFP demandada sí estaba en la obligación de proporcionar a la demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarlo como potencial afiliado, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarlo de tomar una opción que claramente le perjudica, de manera que, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que a la parte actora se le debió garantizar la debida asesoría al momento de su traslado, a fin de que su decisión estuviera precedida de un consentimiento informado, por lo que no se releva a la entidad de su obligación legal, y por esa vía se despacha negativamente la alzada en este aspecto.

Igualmente es equivocada la postura de la AFP del RAIS en manifestar que la información exigible solo era de carácter verbal, pues de conformidad con el artículo 38 del Decreto 692 de 1994 la AFP debía dejar soporte documental y añejarlo al archivo o historia laboral del afiliado, sin que sea suficiente el formulario de vinculación.

Finalmente, es necesario precisar que en el presente caso no es necesario estudiar si la demandante está o no dentro de la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003 la cual no permite que los afiliados se trasladen cuando les falten 10 años o menos para adquirir la edad mínima para pensionarse, ni tampoco si cumple con los requisitos establecidas en la sentencia SU 062 del 2010, como quiera que no nos encontramos frente a una **solicitud de traslado** sino de ineficacia del traslado.

### **Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo**

Se le debe indicar a las AFP respecto a su argumento dirigido a obtener la declaratoria de saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información por el simple paso del tiempo, que conforme lo tiene adoctrinado la CSJ entre otras en la sentencia SL 1688-2019, el hecho de que la demandante haya permanecido muchos años en el RAIS, no tiene la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación

de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, toda vez que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad, pues como se explicó, el afiliado requiere para tomar decisiones la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato solo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente, pierde su utilidad, lo que equivale a ausencia de información.

### **Aceptación de aportes y activación de la afiliación**

En relación con el asunto que gira en torno a establecer si Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación del demandante, es necesario precisar, que al quedar sin efecto su afiliación al RAIS es claro que su vinculación con COLPENSIONES quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de la AFP los aportes efectuados por la accionante a ésta a fin de que consoliden en la historia laboral de la administradora de pensiones Colpensiones, quien está en la obligación de activarlos en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de **manera íntegra** a COLPENSIONES, declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-).

### **Consecuencias que conlleva la ineficacia del traslado- devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos**

Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adoctrinado entre otras en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros**. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021).

Conforme a ello, es claro que procede la devolución de todos los aportes, cotizaciones, y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración y comisiones por parte de COLFONDOS S.A, con destino a COLPENSIONES.

En el sub examine, una vez revisada la decisión de instancia, si bien en la parte considerativa se hizo referencia a las comisiones o sumas adicionales de la aseguradora, no quedó expresamente en la parte resolutive y, por ende, habrá de adicionarse la sentencia en este ítem.

Siendo necesario acotar que, los **conceptos de la Superintendencia Financiera** no son vinculantes, pues así lo ha aquilatado la CSJ desde vieja data: "...las <interpretaciones> hechas por la Superintendencia Bancaria, no tienen el carácter de ser judiciales ni vinculan a los jueces (Radicado 17784 de 2002). Ni tampoco es aplicable al presente caso el art. 113 de la Ley 100 de 1993 como quiera que no nos encontramos frente a un traslado de régimen sino a una solicitud de ineficacia del traslado, por lo que se reitera que esta Sala acoge en su integridad la postura de la CSJ.

Además se debe precisar que, efectivamente como lo afirma la AFP del RAIS en el RPMPD también se hacen descuentos por concepto de **gastos de administración**, sin embargo, esto no las exonera de la obligación de devolver a COLPENSIONES las sumas descontadas por este concepto, ni tampoco pueden pretender que se den restituciones mutuas, como quiera que nuestra CSJ fue clara al señalar que en estos casos, en que se debe declarar la ineficacia del traslado por falta de información, se debe hacer devolución no solo de los rendimientos sino también de las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones, independientemente de que la Ley 100 de 1993 permitiera a los fondos descontar ese valor durante la afiliación.

### **Excepción de prescripción**

Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019. En cuanto a la devolución de los gastos de administración al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes del afiliado, la Sala considera que es igualmente imprescriptible.

### **COSTAS**

En segunda instancia se impondrá costas a cargo de COLPENSIONES y, a favor de la parte demandante, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado. Las de primera instancia se confirman.

### **DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

### **RESUELVE**

**PRIMERO: ADICIONAR** al numeral **TERCERO** de la sentencia proferida el 13 de septiembre del 2021, por el Juzgado 24 Laboral del Circuito de Bogotá, la **ORDEN** a la AFP COLFONDOS S.A., para que traslade a COLPENSIONES, si aún no lo han efectuado, además de los conceptos ordenados en el referido numeral, las **comisiones o sumas adicionales de la aseguradora** de manera íntegra, **los cuales deberá asumir de sus propias utilidades**, sin que haya lugar a deducir alguna comisión o realizar descuentos a las cotizaciones, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

**SEGUNDO: CONFIRMAR** en todo lo demás la sentencia objeto de apelación y consulta.

**TERCERO: CONDENAR en COSTAS** en esta instancia en favor de la demandante y a cargo de COLPENSIONES. De las de primera, se confirman.

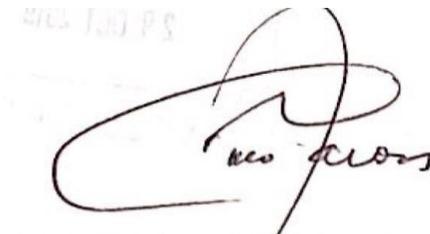
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**  
Magistrada



**EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS**  
Magistrado



**LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR**  
Magistrado

*-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-*

#### **AUTO PONENTE**

**COSTAS** en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor de la demandante y a cargo de COLPENSIONES, el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$ 908.526, a cargo de cada una.



**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**  
Magistrada



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.  
SALA LABORAL

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

**PROCESO:** ORDINARIO LABORAL  
**DEMANDANTE:** RUTH PATRICIA SANTANA PINZON  
**DEMANDADO:** COLPENSIONES y AFP COLFONDOS S.A.  
**RADICACIÓN:** 110013105-010-2017-00795-01  
**ASUNTO:** APELACIÓN y CONSULTA  
**TEMA:** INEFICACIA TRASLADO

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre del dos mil veintiuno (2021)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 "*Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica*", se procede a proferir la siguiente,

**SENTENCIA**  
**ANTECEDENTES RELEVANTES**

**1. Demanda.** RUTH PATRICIA SANTANA PINZON instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES y COLFONDOS S.A. con el fin de que se declare la nulidad o ineficacia del traslado de RPMPD al RAIS, y como consecuencia de lo anterior, se declare que para todos los efectos legales siempre ha permanecido afiliada en el RPMP; que se declare que es beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la ley 100 de 1993; que se ordene el traslado de los aportes realizados en el RAIS al RPMPD, lo ultra y extra petita, y las costas procesales.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que nació el 21 de junio de 1950; que al 1 de abril de 1994 contaba con 35 años; que a la entrada en vigencia el Acto Legislativo 01 de 2005 contaba con 770 semanas cotizadas; que cotizó al RPMPD entre el 1 de marzo de 1974 a 31 de diciembre de 1995 un total de 282 semanas; que el 26 de diciembre de 1995 se trasladó a Colfondos S.A.; que la AFP Colfondos S.A. no suministró la información integral al momento del traslado; que el 18 de octubre de 2017 solicitó ante Colpensiones se declare la nulidad del traslado de régimen, pero no le fue contestada (Fols. 71 a 75).

**2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.** Fue notificada en debida forma (fol. 79); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

**3. Contestación:**

**3.1 COLPENSIONES.** Contestó la demanda con oposición a todas las pretensiones señalando que el traslado tiene plena validez, sin que se evidencien vicios del consentimiento; que el traslado fue voluntario. Como excepciones de mérito propuso las de prescripción y caducidad, declaratoria de otras excepciones, cobro de lo no debido, e inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir (fol. 81 a 85).

**3.2 AFP COLFONDOS.** Se opuso a las pretensiones de la demanda con oposición a las pretensiones, señalando que no se aportan elementos probatorios que configuren algún vicio del consentimiento; que el formulario fue suscrito de manera libre y con su consentimiento expreso; que brindó una asesoría integral y completa respecto de las implicaciones de la decisión del traslado; que se le asesoró acerca de las características, el funcionamiento, las diferencias, las ventajas y desventajas, el derecho de rentabilidad que producen los aportes y sobre su opción legal de retracto etc.; que no se puede pretender dejar sin efecto un acto válido que nació a la vida jurídica. Como excepciones de mérito propuso las que denominó inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, prescripción de la acción para solicitar la anulación del traslado, no se presentan los presupuestos legales y jurisprudenciales para ser merecedor de un traslado al régimen solidario de prima media con prestación definida, buena fe, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, compensación y pago, obligación a cargo exclusivamente de un tercero, y ausencia de vicios del consentimiento (fol. 123 a 138).

**4. Fallo de Primera Instancia.** Terminó la instancia con sentencia del 14 de mayo de 2019, en la que la falladora de primera instancia declaró la nulidad de la vinculación de la demandante con Colfondos S.A., y en consecuencia, ordenó el regreso inmediato sin solución de continuidad al RPM administrado por Colpensiones; condenó a Colpensiones a recibir y restablecer la afiliación de la demandante al RPMPD; condenó a Colfondos a hacer entrega a Colpensiones de todos los valores que hubiese recibido con motivo de la afiliación de la actora como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, frutos e intereses, rendimientos y gastos de administración; condenó a Colpensiones a que una vez ingresen los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante ésta debe imputar y actualizar las semanas cotizadas en la historia laboral; declaró no probadas las excepciones. Finalmente, condenó en costas a Colfondos S.A.

La decisión se basó en que la afiliación debe ser libre y voluntaria, garantizando el cumplimiento del deber de información; que se debe informar no solo de los beneficios sino de las ventajas, desventajas y posibles riesgos y afectaciones del traslado del potencial afiliado; que corresponde al fondo demostrar cómo fue la asesoría que se le dio a la demandante; que el formulario no acredita que se haya brindado la información; que las simples manifestaciones genéricas de aceptar el traslado no son suficientes; que la demandante si es beneficiaria del régimen de transición por contar con 43 años de edad para el 1 de abril de 1994.

En orden a lo anterior, declaró la ineficacia del traslado, ordenando a Colfondos S.A. devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido por cuenta de la afiliación de la demandante en la cuenta individual, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos los frutos e intereses esto es con los rendimientos causados y además los valores por gastos de administración. Finalmente, señaló que la prescripción no está llamada a prosperar por tratarse de derechos imprescriptibles.

**5. Impugnación y límites del ad quem.** Inconforme con la anterior decisión COLFONDOS SA interpuso recurso de apelación solicitando se revoque de manera total la sentencia, con fundamento en que no se configura la nulidad de la afiliación y traslado del RPMPD al RAIS; que el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento; que la decisión del traslado fue libre y voluntaria; que la afiliación se dio con el lleno de los requisitos legales; que de conformidad con la testigo se le brindó

información oportuna, veraz y efectiva; que la actora indicó y confesó no haber leído el formulario de afiliación demostrando su desinterés por su situación pensional; que debe haber una corresponsabilidad por las partes en un contrato; que pese a que se le informó, no hizo uso de su derecho de retracto en el término legal; que las cuotas de administración se descontaron de manera legal, además las mismas fueron utilizadas para proteger contingencias de invalidez y sobrevivencia de la demandante; que no se debe condenar en costas porque la entidad ha actuado de buena fe.

## **6. Alegatos de conclusión.**

**6.1 Colpensiones.** Solicita que se revoque la decisión de instancia, ya que obran pruebas documentales suficientes que llevan a determinar que el traslado se hizo de manera libre y voluntaria, con la presentación de la información clara y precisa; que debe tenerse en cuenta el principio de sostenibilidad financiera del sistema.

**6.2 Demandante.** Solicita que se confirme la sentencia de primera instancia, ello en virtud de que se configura la ineficacia del traslado por falta de información por parte de la AFP.

### **CONSIDERACIONES DE LA SALA**

El recurso de apelación interpuesto por COLFONDOS SA se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por el recurrente, y se estudiará en consulta en favor de Colpensiones en lo que fue desfavorable de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 CPT y de la SS.

Así las cosas, corresponde a la Sala dilucidar el siguiente **problema jurídico principal** ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes problemas **jurídicos secundarios**: (i) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que la accionante se trasladó de régimen?; (ii) ¿La AFP privada está obligada a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos?; (iii) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante? y (iv) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

#### **Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado**

Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que si bien es cierto, se solicitó la nulidad del traslado de régimen por falta de información al momento en que la demandante se trasladó al RAIS, lo cierto es, que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem, por tanto, resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente entre otras en la sentencia SL 2208 del 26 de mayo de 2021.

## **Afiliación, cotización y traslado**

Se encuentra acreditado en el plenario que la señora RUTH PATRICIA SANTANA PINZON estuvo afiliada con el ISS desde el 01 de marzo de 1974 al 19 de septiembre de 1988, conforme la historia laboral aportada por Colpensiones (fol. 91); que suscribió formulario de afiliación con fecha del 26 de diciembre de 1995 con Colfondos (Fol 42) y formulario de afiliación de fecha 18 de junio de 1999 con Colfondos S.A. (Fol 43)

Conforme con lo anterior, en el presente asunto ha de tenerse en cuenta que su última cotización en el régimen de prima media con prestación definida lo fue el 19 de septiembre de 1988, sin que se presenten aportes en ese régimen con posterioridad al 01 de abril de 1994, sin embargo, ello no es óbice para mantener la calidad de afiliada al régimen de prima media con prestación definida, siendo su vinculación al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por COLFONDOS S.A., que tuvo ocurrencia el 26 de diciembre de 1995, un traslado, conforme pasa a exponerse:

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

De esta manera, quienes a partir de la vigencia del nuevo sistema general de pensiones requirieran vincularse al sistema general de pensiones debían escoger entre uno y otro régimen, no pasando lo mismo con quienes antes del 01 de abril de 1994 se encontraban afiliados al otrora ISS, hoy COLPENSIONES, ya que es el mismo Decreto el que establece a renglón seguido en el artículo 4° que seguirán vinculados al régimen de prima media con prestación definida, entre otros "*los trabajadores del sector privado y los afiliados voluntarios que seleccionen el régimen solidario de prima media con prestación definida deberán vincularse al Instituto de los Seguros Sociales, ISS, o **continuar vinculados a éste si ya lo están***", (Negrilla fuera del texto), circunstancia esta última que acontece en el sub examine, pues la actora a pesar de no haber sufragado cotizaciones al ISS con posterioridad al 01 de abril de 1994, venía afiliada al régimen de prima media con prestación definida a través del ISS desde el 01 de marzo de 1974, y de ninguna manera puede considerarse que la falta de cotizaciones le haga perder tal condición, pues ello sería tanto como desconocer su vinculación y cotizaciones al sistema pensional antes de 1994, máxime cuando la afiliación al régimen pensional es única, permanente y vitalicia, pues así lo ha adoctrinado la Corte Suprema de Justicia desde vieja data, en los anteriores términos:

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

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

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

De lo anterior, de manera cristalina se logra establecer que la falta de cotizaciones al 01 de abril de 1994 no implica que el afiliado al régimen de prima media con prestación definida pierda la calidad de afiliado a ese régimen, ni tampoco que deba diligenciar un nuevo formulario de afiliación, pues en aquellos eventos, como acaeció en el sub examine, venía afiliado al ISS desde el 01 de marzo de 1974, y sin necesidad de nuevo formulario o afiliación al ISS, se trasladó de régimen pensional el 26 de diciembre de 1995 a la AFP COLFONDOS SA.

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

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

(...)

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

De esta manera se reitera que la afiliación al régimen pensional es única y vitalicia, y no se pierde o suspende por falta de cotizaciones, motivo por el cual, quienes a 1º de abril de 1994 estuvieren afiliados al régimen de prima media con prestación definida, independientemente de que tengan o no cotizaciones con posterioridad a la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, y se afilian al RAIS, realizan un traslado de régimen pensional, y en ese orden es procedente estudiar si procede o no su ineficacia.

## **Carga probatoria y deber de información**

Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en la AFP no en la demandante, en primer lugar, porque la omisión en torno al deber de información expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P., en segundo lugar, porque la **custodia de la documentación** así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993, y en tercer lugar, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, ha considerado que son las entidades de seguridad social las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que un afiliado al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a él sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1995- la CSJ ha señalado que las AFP debían hacer una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

Adicionalmente es necesario indicar que, la Sala no desconoce que para el momento en que el demandante se trasladó al RAIS se encontraba vigente el Decreto 692 de 1994 "*Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993*" en cuyo artículo 11 señala que para adelantar el proceso de vinculación a la AFP se debe diligenciar el **formulario** previsto por la Superintendencia Bancaria y que en el mismo deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo posible que el formulario contenga la leyenda preimpresa en ese sentido, sin embargo, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia bajo el radicado N° 31989 del 2008, la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone cumplir puntualmente las

obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo impone el art. 1603 del C.C.

Señaló además la Corte en la sentencia SL 2324-2019 al reiterar la sentencia bajo el radicado N.º 33.083 del 2011, que por la doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de transparencia, vigilancia y el deber de información; éste último –información- debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Por tanto, la AFP demandada sí estaba en la obligación de proporcionar a la demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarlo como potencial afiliado, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarlo de tomar una opción que claramente le perjudica, de manera que, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que a la parte actora se le debió garantizar la debida asesoría al momento de su traslado, a fin de que su decisión estuviera precedida de un consentimiento informado, por lo que no se releva a la entidad de su obligación legal, y por esa vía se despacha negativamente la alzada en este aspecto.

Igualmente es equivocada la postura de la AFP del RAIS en manifestar que la información exigible solo era de carácter verbal, pues de conformidad con el artículo 38 del Decreto 692 de 1994 la AFP debía dejar soporte documental y añejarlo al archivo o historia laboral del afiliado, sin que sea suficiente el formulario de vinculación.

Finalmente, es necesario precisar que en el presente caso no es necesario estudiar si la demandante está o no dentro de la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003 la cual no permite que los afiliados se trasladen cuando les falten 10 años o menos para adquirir la edad mínima para pensionarse, ni tampoco si cumple con los requisitos establecidas en la sentencia SU 062 del 2010, como quiera que no nos encontramos frente a una **solicitud de traslado** sino de ineficacia del traslado.

Finalmente, cabe aclarar que al evaluar el interrogatorio de parte y la prueba testimonial, este despacho encuentra que si bien la demandante hace mención que ella tenía conocimiento que los valores que estaban destinados a sufragar su prestación económica por vejez, también es cierto que no hace referencia a ninguna otra característica del RAIS que sea sustancialmente relevante para determinar si la AFP efectivamente cumplió con su deber de información, pues tal circunstancia no es suficiente para tener por acreditada la información clara, completa y comprensible que se exige de la AFP.

### **Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo**

Se le debe indicar a la AFP apelante respecto a su argumento dirigido a obtener la declaratoria de saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información por el simple paso del tiempo, que conforme lo tiene adoctrinado la CSJ, entre otras, en la sentencia SL 1688-2019, el hecho de que el demandante haya permanecido muchos años en el RAIS, no tiene la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, toda vez que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del

traslado, no con posterioridad, pues como se explicó, el afiliado requiere para tomar decisiones la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato solo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente, pierde su utilidad, lo que equivale a ausencia de información.

### **Aceptación de aportes y activación de la afiliación**

En relación con el asunto que gira en torno a establecer si Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante, es necesario precisar, que al quedar sin efecto su afiliación al RAIS es claro que su vinculación con COLPENSIONES quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de la AFP los aportes efectuados por el accionante a ésta a fin de que consoliden en la historia laboral de la administradora de pensiones Colpensiones, quien está en la obligación de activarlos en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de manera íntegra a COLPENSIONES, con todos sus frutos e intereses, **sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y comisiones los cuales deberá asumir la AFP PRIVADA de sus propias utilidades**, pues, al dejarse sin valor y efecto la afiliación, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-).

### **Consecuencias de la declaratoria de ineficacia -devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos.**

Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adoctrinado entre otras en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros**. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021).

Conforme a ello, es claro que procede la devolución de todos los aportes, cotizaciones, y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración y comisiones por parte de COLFONDOS S.A, con destino a COLPENSIONES, tal como lo hizo la a quo, por lo que se confirmará la decisión de instancia en este aspecto.

Siendo necesario acotar que, los **conceptos de la Superintendencia Financiera** no son vinculantes, pues así lo ha aquilatado la CSJ desde vieja data: "...las <interpretaciones> hechas por la Superintendencia Bancaria, no tienen el carácter de ser judiciales ni vinculan a los jueces (Radicado 17784 de 2002). Ni tampoco es aplicable al presente caso el art. 113 de la Ley 100 de 1993 como quiera que no nos encontramos frente a un traslado de régimen sino a una solicitud de ineficacia del traslado, por lo que se reitera que esta Sala acoge en su integridad la postura de la CSJ.

Además se debe precisar que, efectivamente como lo afirma la AFP COLFONDOS S.A., en el RPMPD también se hacen descuentos por concepto de gastos de administración, sin embargo, esto no las exonera de la obligación de devolver a COLPENSIONES las sumas descontadas por este concepto, ni tampoco pueden pretender que se den restituciones mutuas, como quiera que nuestra CSJ fue clara al señalar que en estos casos, en que se debe declarar la ineficacia del traslado por falta de información, se debe hacer devolución no solo de los rendimientos sino también de las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones, independientemente de que la Ley 100 de 1993 permitiera a los fondos descontar ese valor durante la afiliación.

### **Excepción de prescripción**

Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019. En cuanto a la devolución de los gastos de administración al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes de la afiliada, la Sala considera que es igualmente imprescriptible.

### **COSTAS**

En segunda instancia se impondrán costas a cargo de COLFONDOS SA, y a favor de la parte demandante, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado. De las de primera instancia se confirman.

### **DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

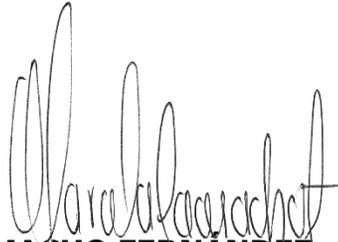
### **RESUELVE**

**PRIMERO: MODIFICAR** el numeral PRIMERO de la sentencia proferida el 14 de mayo de 2019, por el Juzgado 10º Laboral del Circuito de Bogotá, en el entendido que se **DECLARAR** la **INEFICACIA** del traslado efectuado por la señora RUTH PATRICIA SANTANA PINZON, y no la NULIDAD.

**SEGUNDO: CONFIRMAR** en todo lo demás la sentencia objeto de apelación y consulta.

**TERCERO: CONDENAR** en **COSTAS** en esta instancia en favor de la demandante y a cargo de COLFONDOS S.A. Las de primera, se confirman.

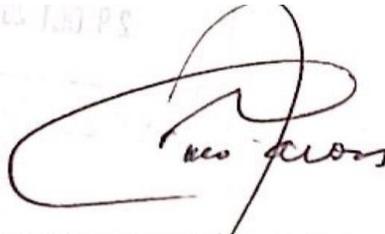
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**  
Magistrada



**EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS**  
Magistrado



**LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR**  
Magistrado  
**(Salva voto)**

*-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-*

#### **AUTO PONENTE**

**COSTAS** en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor de la demandante y a cargo de COLFONDOS S.A., el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$ 908.526.



**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**  
Magistrada



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.  
SALA LABORAL

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

**PROCESO:** ORDINARIO LABORAL  
**DEMANDANTE:** MARIA LILIANA HERNANDEZ GOMEZ  
**DEMANDADO:** COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. Y COLFONDOS S.A.  
**RADICACIÓN:** 110013105-024-2019-00529-01  
**ASUNTO:** APELACIÓN y CONSULTA SENTENCIA  
**TEMA:** INEFICACIA TRASLADO

Bogotá D.C, treinta (30) de noviembre de dos mil veintiuno (2021)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 "*Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica*", se procede a proferir la siguiente,

## SENTENCIA ANTECEDENTES RELEVANTES

**1. Demanda.** MARIA LILIANA HERNÁNDEZ GOMEZ instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A con el fin de que se declare la nulidad de la afiliación al RAIS, y en consecuencia, se condene a Colpensiones a recibir a la demandante sin solución de continuidad; se condene a Protección S.A. a devolver todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, frutos e intereses, lo extra y ultra petita y las costas procesales.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que: se afilío al RPMPD administrado por el ISS hoy Colpensiones; que el 22 de abril de 1996 se trasladó a Colfondos S.A., y posteriormente el 10 de noviembre de 2014 se trasladó a Protección S.A.; que Colfondos y Protección no le suministraron la información completa, integral y comprensible; que solicitó a COLPENSIONES el retorno al RPMPD pero le fue rechazada. (fols. 2 a 29, y 104)

**2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.** Fue notificada en debida forma (fol. 199); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

### 3. Contestaciones.

**3.1 COLPENSIONES.:** Contestó la demanda con oposición a la totalidad de las pretensiones formuladas señalando que carecen de fundamentos de orden legal; que la demandante suscribió formulario de afiliación de manera libre y voluntaria; que no obra prueba alguna tendiente a demostrar que se presentó algún vicio del consentimiento al momento de su afiliación; que Colpensiones nada tuvo que ver en el negocio jurídico suscrito entre la demandante y las administradoras del RAIS. Como excepciones de mérito propuso las 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 de Colpensiones; cobro de lo no debido; falta de causa para pedir; presunción de legalidad de los actos jurídicos; inexistencia del derecho reclamado; prescripción y la innominada o genérica (Fols .365 a 379).

**3.2 AFP PROTECCIÓN S.A.** Contestó la demanda con oposición a la totalidad de las pretensiones señalando que se encuentra frente a un acto existente, valido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo; que dicho acto de traslado se realizó en forma libre y espontánea; que a través de la firma del formulario de afiliación está dando una señal de aceptación; que dicha afiliación cumplió con todos los requisitos de existencia y validez y por lo tanto produce todos los efectos jurídicos; que la forma como se liquide la pensión de vejez en el RAIS no es óbice para declarar la ineficacia o nulidad; que la demandante se encuentra dentro de la prohibición legal estando a menos de 10 años para trasladarse; que no es procedente devolver los gastos de administración, sumas adicionales y garantía de pensión mínima; que los descuentos por gastos de administración opera para ambos regímenes. Propuso como excepciones de fondo las que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua a favor de la AFP, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, y validez y eficacia del traslado entre administradoras de fondos de pensiones del RAIS. (Fols. 135 a 150)

**3.3 AFP COLFONDOS S.A.:** Contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda señalando que este fondo si brindó a la demandante una asesoría de manera integral y completa respecto de las implicaciones de su decisión; frente a la nulidad señala que de acuerdo a los artículos 13 y 271 de la ley 100 de 1993 procede la nulidad cuando la suscripción de la vinculación no provenga del afiliado y la demandante de su puño y letra suscribió el formulario de vinculación; que la suscripción del formulario se dio de manera libre y con el consentimiento de la demandante; que se ratifica la voluntad de la demandante en permanecer en el RAIS por más de 20 años y realizar traslados entre administradoras de pensiones. Propuso como excepciones meritorias 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 RAIS, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, y compensación y pago. (Fols. 262 a 274)

**4. Fallo de Primera Instancia.** Terminó la instancia con sentencia del 10 de agosto de 2021, en la que la falladora de primera instancia declaró la ineficacia del traslado de la demandante del RPMPD al RAIS; declaró que para todos los efectos legales la demandante nunca se vinculó al RAIS y siempre permaneció en el RPMPD; ordenó a Protección S.A. a trasladar a Colpensiones todos los valores que hubiese recibido con motivo de la afiliación de la demandante como cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses junto con los rendimientos que se hubiesen causado, junto con los gastos de administración; ordenó a Colfondos a trasladar a Colpensiones lo que haya percibido por concepto de gastos de administración; ordenó a Colpensiones a

recibir a la demandante como afiliada y a actualizar y corregir su historial laboral; declaró no probados las excepciones, y se abstuvo de condenar en costas.

La decisión se basó en que la selección de cualquiera de los dos regímenes debe ser libre y voluntaria; que la información debe ser clara y suficiente al potencial afiliado para que este escoja el más conveniente para sus intereses; que son actos con vocación de permanencia sin presiones del afiliado; que el deber de información comprende todas las etapas de la afiliación; que no se debe limitar este deber a una manifestación de voluntad sino que esta debe ser informada; que no es necesario tener un derecho consolidado o ser beneficiario del régimen de transición para que se declare la ineficacia; que opera la inversión de la carga de la prueba a favor del afiliado; que la manifestación dentro del formulario no es suficiente; que solo se le dijo los beneficios y no de las desventajas de la afiliación al RAIS; que el traslado entre AFP del RAIS no tiene la virtualidad de sanear el incumplimiento inicial.

En virtud de lo anterior, al no evidenciar el suministro de la información, declaró la ineficacia del traslado y ordenó a Protección S.A. a devolver a Colpensiones los aportes realizados, rendimientos y gastos de administración, estos últimos también aplicables a Colfondos S.A., señalando que no es posible aplicar el fenómeno de la prescripción.

**5. Impugnación y límites del ad quem.** La decisión fue recurrida por las siguientes partes procesales.

**5.1 COLPENSIONES.:** Interpuso recurso de apelación solicitando se revoque en su integridad la decisión de instancia, ya que de acuerdo con lo expuesto por la CSJ debe analizarse cada caso en particular y que en el presente caso se demostró que la demandante recibió la información por parte de Colfondos S.A.; que la inconformidad de la demandante se da después de conocer el monto de su mesada pensional y que esto no es óbice para declarar la nulidad o ineficacia; que la demandante ha tenido una conducta omisiva ya que al darse cuenta que el ISS no se había acabado, sino que se había transformado no realizó ningún tipo de gestión para trasladarse previo a la imposibilidad legal de retorno; que su afiliación con Protección S.A. se dio de manera libre y voluntaria; que en el evento de confirmar la ineficacia, solicita que se garantice a favor de Colpensiones la devolución de todos y cada uno de los dineros que se encuentren en la cuenta individual de la demandante incluyendo los descuentos del fondo de garantía de pensión mínima, rendimientos, bonos pensionales, porcentajes destinados al pago de seguros previsionales y gastos de administración.

**5.2 PROTECCIÓN S.A.:** Interpuso recurso de apelación parcial solicitando se revoque lo referente a la devolución de los gastos de administración y las primas del seguro previsional señalando que dichos descuentos son autorizados por la ley 100 de 1993, además opera para ambos regímenes; que en la cuenta de ahorro individual de la demandante hay ganancias significativas frente a lo ahorrado, por lo que ordenar su devolución constituye un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones; que la AFP está facultada para conservar los valores por concepto de gastos de administración como restitución mutua; que debe observarse lo contenido en el artículo 1746 del Código Civil; que la cuenta produjo frutos y mejoras por la buena gestión de administración de la entidad; que debe tenerse en cuenta el concepto del 17 de enero de 2020 de la Superintendencia Financiera de Colombia, en la que se indica que de estar frente a la figura de la ineficacia debe darse aplicación estricta al artículo 7 del decreto 3995 del 2008; que dichas sumas descontadas son giradas a un tercero; que frente a los gastos de administración si opera la prescripción por ser un concepto de

tracto sucesivo y por no ser un porcentaje que financia directamente la prestación económica de vejez.

## **7. Alegatos de conclusión.**

**7.1 Protección S.A.** Solicita que se absuelva de trasladar a COLPENSIONES la comisión de administración y los seguros previsionales, debiendo aplicarse las restituciones mutuas.

**7.2 Colpensiones.** Solicita que se revoque la decisión de instancia, ya que obran pruebas documentales suficientes que llevan a determinar que el traslado se hizo de manera libre y voluntaria, con la presentación de la información clara y precisa; que debe tenerse en cuenta el principio de sostenibilidad financiera del sistema.

## **CONSIDERACIONES DE LA SALA**

El recurso de apelación interpuesto por PORTECCIÓN S.A., y COLPENSIONES, se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por los recurrentes, y se estudiará en consulta en favor de COLPENSIONES en lo que le sea desfavorable de conformidad con lo dispuesto en el art. 69 CPT y de la SS.

Así las cosas, corresponde a la Sala dilucidar el siguiente **problema jurídico principal** ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la accionante? En caso positivo, se abordarán los siguientes **problemas jurídicos secundarios**: (i) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que la accionante se trasladó de régimen?; (ii) ¿La falta de información se sana por el transcurso del tiempo?; (iii) ¿El traslado entre diferentes AFP del RAIS convalida la afiliación a dicho régimen? (iv) ¿La AFP privada está obligada a devolver a COLPENSIONES las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos?; (v) ¿COLPENSIONES debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante? y (vi) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

### **Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado**

Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que si bien es cierto, se solicitó la nulidad del traslado de régimen por falta de información al momento en que el demandante se trasladó al RAIS, lo cierto es, que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem, por tanto, resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente entre otras en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

### **Afiliación, cotización y traslado**

Se encuentra demostrado que la señora MARIA LILIANA HERNANDEZ GOMEZ, se afilió al otrora ISS, hoy COLPENSIONES desde el 13 de noviembre de 1986, con cotizaciones hasta abril de 1996, conforme aparece en el resumen de historia laboral (fol. 50 a 52 y 171); que suscribió formulario de afiliación con Colfondos S.A. el 22 de abril de 1996 (fol 44) y posteriormente, el 1 de septiembre de 2014 suscribió formulario de afiliación con la AFP Protección S.A. (fol 173) entidad donde se encuentra actualmente, según su historia laboral de cotizaciones (178 a 186).

### **Carga probatoria y deber de información**

Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en la AFP no en la demandante, en primer lugar, porque la omisión en torno al deber de información expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P., en segundo lugar, porque la **custodia de la documentación** así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993, y en tercer lugar, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, ha considerado que son las entidades de seguridad social las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que un afiliado al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a él sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1996- la CSJ ha señalado que las AFP debían hacer una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que la afiliada pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

Adicionalmente es necesario indicar que, la Sala no desconoce que para el momento en que la demandante se trasladó al RAIS se encontraba vigente el Decreto 692 de 1994 "Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993" en cuyo artículo 11 señala que para adelantar el proceso de vinculación a la AFP se debe diligenciar el **formulario** previsto por la Superintendencia Bancaria y que en el mismo deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo posible que el formulario contenga la leyenda pre-impresa en ese sentido, sin embargo, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia bajo el radicado N.º 31989 del 2008, la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo impone el art. 1603 del C.C.

Señaló además la Corte en la sentencia SL 2324-2019 al reiterar la sentencia bajo el radicado N.º 33.083 del 2011, que por la doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de transparencia, vigilancia y el deber de información; éste último –información- debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Por tanto, la AFP demandada sí estaba en la obligación de proporcionar a la demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarla como potencial afiliado, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarlo de tomar una opción que claramente le perjudica, de manera que se equivoca la postura de las AFP al considerar desde la óptica de los vicios del consentimiento que en el presente caso no se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, como quiera que es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que a la parte actora se le debió garantizar la debida asesoría al momento de su traslado, a fin de que su decisión estuviera precedida de un consentimiento informado, sin que tal obligación se encuentre exenta por cualquier circunstancia pues esto no releva a la entidad de su obligación legal, y por esa vía se despacha negativamente la alzada en este aspecto.

Finalmente, es necesario precisar que en el presente caso no es necesario estudiar si la demandante está o no dentro de la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003 la cual no permite que los afiliados se trasladen cuando les falten 10 años o menos para adquirir la edad mínima para pensionarse, ni tampoco si cumple con los requisitos establecidas en la sentencia SU 062 del 2010, como quiera que no nos encontramos frente a una **solicitud de traslado** sino de ineficacia del traslado.

### **Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo**

Se le debe indicar a las AFP respecto a su argumento dirigido a obtener la declaratoria de saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información por el simple paso del tiempo, que conforme lo tiene adoctrinado la CSJ entre otras en la sentencia SL 1688-2019, el hecho de que la demandante haya permanecido muchos años en el RAIS, no tiene la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, toda vez que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no

con posterioridad, pues como se explicó, el afiliado requiere para tomar decisiones la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato solo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente, pierde su utilidad, lo que equivale a ausencia de información.

### **Traslado entre varias administradoras del RAIS**

En este punto, cabe resaltar lo doctrinado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, entre otras sentencias, la de radicado No. 31989 del 09 de septiembre de 2008, en la que expresó: "**la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen**".

Ello por la simple razón de que la declaración de ineficacia de traslado trae consigo el que las cosas vuelvan a su estado anterior y, por lo tanto, una nueva afiliación al interior del RAIS no convalida la actuación viciada de traslado, tal como acontece en el sub examine, pues aunque la actora se trasladó entre AFP del RAIS, de tal acto no puede predicarse la convalidación de la ineficacia del traslado inicial por falta del deber de información en que incurrió la AFP COLFONDOS S.A. en el año 1996, además de que ni siquiera en el traslado al interior del mismo RAIS se evidencia soporte documental acreditativo de haberse suministrado información clara, completa y comprensible al potencial afiliado, menos aún, cálculos comparativos de la mesada pensional en ambos regímenes.

Así las cosas, el traslado entre AFP del mismo régimen, no convalida la ineficacia del traslado de régimen pensional prístino y, por tanto, una vez declarada la ineficacia del traslado de régimen pensional inicial del 22 de abril de 1996, queda sin efectos los consecutivos traslados efectuados al interior del RAIS, los que se itera, no convalidan el acto jurídico del traslado de régimen pensional, y en esa medida pervive el vicio de la falta de consentimiento informado para migrar al RAIS.

### **Aceptación de aportes y activación de la afiliación**

Ahora bien, es necesario precisar, que al quedar sin efecto la afiliación al RAIS de la demandante es claro que su vinculación con COLPENSIONES quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de la AFP los aportes efectuados por el accionante a ésta a fin que reposen en la historia laboral de la administradora de pensiones Colpensiones, quien está en la obligación de activarlo en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de **manera íntegra** a COLPENSIONES, declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-).

## **Consecuencias que conlleva la ineficacia del traslado- devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos**

Frente al tópicamente encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adocinado entre otras en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros**. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021).

Ahora, en lo relacionado con la devolución de los anteriores conceptos cuando se presentan varios traslados al interior del RAIS, la Corte también ha tenido oportunidad de pronunciarse y en sentencia SL2877/20, concluyó:

*"la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional".*

(...)

*Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal"*

Conforme a ello, es claro que procede la devolución de todos los aportes, cotizaciones, y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración y comisiones por parte de PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A (durante el tiempo de permanencia de la actora en cada AFP), con destino a COLPENSIONES.

En el sub examine, una vez revisada la decisión de instancia, sí se hizo extensiva la condena a PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A.; sin embargo, no se encuentran incluida el concepto por comisiones o sumas adicionales de la aseguradora, por lo que habrá de adicionarse en la sentencia este ítem.

Siendo necesario acotar que, los **conceptos de la Superintendencia Financiera** no son vinculantes, pues así lo ha aquilatado la CSJ desde vieja data: *".../las <interpretaciones> hechas por la Superintendencia Bancaria, no tienen el carácter de ser judiciales ni vinculan a los jueces* (Radicado 17784 de 2002). Ni tampoco es aplicable al presente caso el art. 113 de la Ley 100 de 1993 como quiera que no nos encontramos frente a un traslado de régimen sino a una solicitud de ineficacia del traslado, por lo que se reitera que esta Sala acoge en su integridad la postura de la CSJ.

Además se debe precisar que, efectivamente como lo afirma las AFP del RAIS en el RPMPD también se hacen descuentos por concepto de **gastos de administración**, sin embargo, esto no las exonera de la obligación de devolver a COLPENSIONES las

sumas descontadas por este concepto, ni tampoco pueden pretender que se den restituciones mutuas, como quiera que nuestra CSJ fue clara al señalar que en estos casos, en que se debe declarar la ineficacia del traslado por falta de información, se debe hacer devolución no solo de los rendimientos sino también de las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones, independientemente de que la Ley 100 de 1993 permitiera a los fondos descontar ese valor durante la afiliación.

### **Excepción de prescripción**

Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019. En cuanto a la devolución de los gastos de administración al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes del afiliado, la Sala considera que es igualmente imprescriptible.

### **COSTAS**

En segunda instancia se impondrá costas a cargo de PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES y, a favor de la parte demandante, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado. Las de primera instancia se confirman.

### **DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

### **RESUELVE**

**PRIMERO: ADICIONAR** al numeral **TERCERO y CUARTO** de la sentencia proferida el 10 de agosto del 2021, por el Juzgado 24 Laboral del Circuito de Bogotá, la **ORDEN** a la AFP COLFONDOS S.A. y PROTECCIÓN S.A. (durante el tiempo de permanencia en cada AFP), para que traslade a COLPENSIONES, si aún no lo han efectuado, además de los conceptos ordenados en los referidos numerales, las **comisiones o sumas adicionales de la aseguradora** de manera íntegra, **los cuales deberá asumir de sus propias utilidades**, sin que haya lugar a deducir alguna comisión o realizar descuentos a las cotizaciones, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

**SEGUNDO: CONFIRMAR** en todo lo demás la sentencia venida en apelación y consulta.

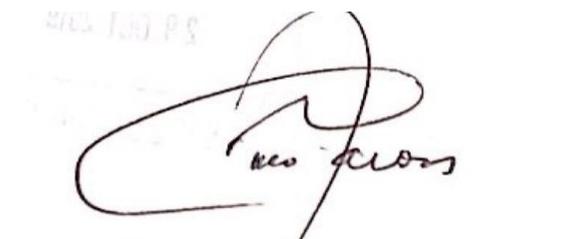
**TERCERO: CONDENAR** en **COSTAS** en esta instancia en favor de la demandante y a cargo de PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES. Las de primera, se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,

  
**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**  
Magistrada



**EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS**  
Magistrado

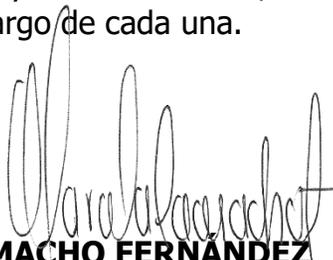


**LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR**  
Magistrado

*-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-*

**AUTO PONENTE**

**COSTAS** en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor del demandante y a cargo de PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES, el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$ 908.526, a cargo de cada una.



**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**  
Magistrada



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.  
SALA LABORAL

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

**PROCESO:** ORDINARIO LABORAL  
**DEMANDANTE:** ALIX SILVA OBANDO  
**DEMANDADO:** COLPENSIONES, OLD MUTUAL S.A., COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A.  
**RADICACIÓN:** 110013105-004-2019-00437-01  
**ASUNTO:** APELACIÓN y CONSULTA SENTENCIA  
**TEMA:** INEFICACIA TRASLADO

Bogotá D.C, treinta (30) de noviembre de dos mil veintiuno (2021)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 "*Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica*", se procede a proferir la siguiente,

### AUTO

En atención al memorial allegado mediante correo electrónico, se reconoce personería para actuar a la Dra. MARYI TATIANA PARRA BARACALDO, identificada en legal forma, como apoderada sustituta de COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido.

### SENTENCIA ANTECEDENTES RELEVANTES

**1. Demanda.** ALIX SILVA OBANDO instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES, OLD MUTUAL S.A., COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A., con el fin de que se declare la ineficacia del traslado, o en subsidio la nulidad del traslado, y como consecuencia, que se ordene a Old Mutual S.A. al pago de perjuicios causado y los intereses moratorios al mismo estado que tenía antes de la afiliación, lo ultra y extra petita, y las costas procesales.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que se afilió al ISS desde el 1 de febrero de 1986 hasta el 31 de diciembre de 1994; que se afilió a COLFONDOS S.A., luego en el año 2013 se trasladó a Old Mutual S.A.; que las AFP no le brindaron información, clara, completa y veraz, ni tampoco le advirtieron que podía retornar antes de la prohibición legal de los 10 años. (fols. 3 a 14).

**2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.** Fue notificada en debida forma (fol. 102); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

### 3. Contestaciones.

**3.1 COLPENSIONES.** Presentó contestación con la oposición a todas y cada una de las pretensiones señalando que la demandante se trasladó al RAIS de manera libre y voluntaria; que la demandante tomó la decisión de que su mesada pensional estuviera regida por las características del RAIS; que existió negligencia de la demandante

respecto a consultar su situación pensional; que la ignorancia de la ley no sirve de excusa; que la afiliación de la demandante es válida; que no fue por actos de Colpensiones que la demandante realizó el traslado. Como excepciones de mérito propuso las de falta de legitimación en la causa por pasiva, improcedencia de la declaratoria de nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política), inexistencia de la obligación, excepción error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, presunción de legalidad de los actos jurídicos, y la innominada o genérica. (Fols. 107 a 123).

**3.2 AFP OLD MUTUAL hoy SKANDIA S.A.** Contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, señalando que el traslado no se hizo con este fondo; que al ser el traslado con Horizonte hoy Porvenir SA será ésta quien deba pronunciarse; que la afiliación con este fondo se realizó de acuerdo con los parámetros legales y normativos que contempla la ley 100 de 1993; que no es posible la devolución de las sumas adicionales de la aseguradora; que de declararse la nulidad de la afiliación únicamente estaría obligada a devolver las sumas que conforman la cuenta de ahorro individual y los rendimientos que se encuentren a nombre del demandante; que no es posible devolver los gastos de administración ya que se descontaron por disposición del artículo 20 de la Ley 100 de 1993, además dicho valor no se encuentra en las arcas de la AFP. Como excepciones de fondo propuso las de buena fe, prescripción, la genérica, y cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación. (Fols. 55 a 69)

**3.3 PORVENIR S.A.** Contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda señalando que la demandante no allegó prueba sumaria de las razones de hecho que sustente en la ineficacia del acto de traslado; que el acto se debe tener como eficaz así como los traslados horizontales; que este fondo cumplió con el deber de información que le era exigible a la fecha de materialización; que la suscripción del formulario fue de manera libre y espontánea además completamente informada; que recibió asesoría de manera verbal; que la ineficacia solo se debe conceder cuando se atenta contra la voluntad de elección de régimen pensional del afiliado; que le competía a la demandante acreditar los supuestos en los que se funda sus pretensiones; que no se logra evidenciar la existencia de error, fuerza o dolo; que la afiliación al RAIS es válida. Como excepciones meritorias señaló las de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, y buena fe. (fols. 255 a 281).

**3.3 AFP COLFONDOS S.A.** En la oportunidad legal manifestó que se allana a la demanda formulada. (Fols. 134)

**4. Fallo de Primera Instancia.** Terminó la instancia con sentencia del 26 de julio de 2021, en la que el fallador de primera instancia declaró la ineficacia de la afiliación a Horizonte, hoy Porvenir S.A. y en consecuencia, declarar que nunca se trasladó al RAIS, permaneciendo sin solución de continuidad en el RPMPD; condenó a Skandia S.A. a devolver a Colpensiones las sumas percibidas por concepto de aportes, rendimientos, gastos de administración y comisiones de seguros debidamente indexadas por el periodo en que la demandante permaneció en dicha administradora; condenó a Porvenir S.A. y Colfondos S.A. a devolver a Colpensiones las sumas percibidas por concepto de gastos de administración y comisiones de seguros debidamente indexadas por el periodo en que la demandante permaneció en dichas administradoras; ordenó a Colpensiones que una vez se efectuó el trámite se acepte sin dilación alguna el traslado

de la demandante al RPMPD, junto con sus correspondientes aportes; declaró no probadas las excepciones propuestas, y condenó en costas a las demandadas.

La decisión del Juez se basó en la información se juzga al momento de la afiliación y no con posterioridad, que se le debió decir los beneficios y las desventajas; que no recibió información de las AFP demandadas; que las negaciones indefinidas no requieren prueba; que la inversión de la carga de la prueba debe darse a favor del afiliado; que no se tiene forma de probar que se le brinda la información suficiente; que la insuficiencia de la información afectó los intereses de la demandante; que no hay prueba alguna de cuál fue el contenido de la asesoría que presuntamente se le suministro; que no es necesario que la demandante estuviese próxima a pensionarse; que no es necesario tener un beneficio transicional; que de la revisión del formulario de afiliación solo se evidencia que aparecen los datos personales de la actora; que la AFP Porvenir S.A. incumplió el deber de información.

De lo dicho, procedió a declarar la ineficacia del traslado por falta al deber de información, ordenando a Skandia S.A. la devolución hacia Colpensiones de los rendimientos, comisiones de seguros, frutos e intereses, gastos de administración y lo que hubiese percibido, asimismo extendió la condena a Porvenir S.A. y Colfondos S.A. para que devuelvan las comisiones de seguros y gastos de administración durante el tiempo de permanencia de la actora en esas AFP.

**5. Impugnación y límites del ad quem.** La decisión fue recurrida por las siguientes partes procesales.

**5.1 COLPENSIONES.:** Interpuso recurso de apelación a la totalidad de la providencia señalando que la demandante guardó silencio por más de 24 años hasta agotar la reclamación administrativa; que la misma abandonó su asunto pensional; que el traslado se realizó de manera libre y voluntaria; que la demandante faltó a su deber de diligencia y cuidado como consumidora financiera; que la demandante estuvo de acuerdo con la decisión que tomó; que el principio de estabilidad financiera del sistema pensional se ve afectado por lo que se debe evitar la descapitalización del sistema; que se ven afectados los derechos de afiliados que si cotizaron al sistema; que la demandante no es una afiliada lego dado que la misma es profesional; que la demandante no contaba con una expectativa legítima de pensionarse al momento del traslado; que no era beneficiaria del régimen de transición y finalmente solicita que se haga mención a la carga dinámica de la prueba.

**5.2 COLFONDOS S.A.:** Interpuso recurso de apelación parcial frente al numeral 3 correspondiente a la condena a devolver los gastos de administración y comisiones de seguros debidamente indexadas y en consecuencia solicita se revoque la condena señalando que dichos emolumentos fueron descontados conforme al artículo 20 de la ley 100 de 1993; que fueron utilizados para varios fines dentro del fondo; que dichas sumas van encaminadas a gestionar los movimientos que se le generaron a la demandante; que se está causando un enriquecimiento sin justa causa a favor de la demandante y Colpensiones; que la demandante estuvo cubierta para unos riesgos; que los dineros no perdieron su valor adquisitivos y por ende no deben ser indexados; que la demandante no se encuentra activa en dicho fondo; que se están desconociendo las restituciones mutuas y solicita se aplique la prescripción ya que dichos aportes no hacen parte fundamental para el reconocimiento y pago de la mesada pensional.

**5.3 SKANDIA S.A.:** Interpuso recurso de apelación parcial frente al numeral 3 en lo referente a los gastos de administración señalando que esta no tiene ningún problema

en realizar el traslado, sin embargo, señala que estos se disponen para el cubrimiento de riesgos de los cuales la demandante fue beneficiaria; que los gastos de administración se disponen para el mantenimiento de la cuenta de ahorro individual de la demandante; que estos están establecidos en la ley 100 de 1993; que estos dineros no se encuentran en poder de la AFP; que este tipo de condenas genera detrimento para la AFP; que si la finalidad es retrotraer las cosas, entonces la demandante jamás hubiese obtenido los rendimientos generados en el RAIS; que el detrimento no es sufrido por Colpensiones y finalmente que se le está castigando por cumplir con la normatividad vigente.

**5.4 PORVENIR S.A:** Interpuso recurso de apelación señalando que se ha vulnerado el principio de legalidad; que se exigen requisitos que surgieron con posterioridad al momento del acto demandado; que más o menos a 15 o 20 años con posterioridad a la suscripción del acto demandado surge la obligación de conservar soportes documentales respecto de la información que se le suministra al potencial afiliado; que hay ausencia de medios de prueba que permitan acreditar la lesión injustificada del derecho pensional del afiliado; que en caso de que la decisión del Tribunal sea confirmar la decisión de primera instancia se revoque parcialmente en lo referente a los gastos de administración; que no corresponde a las normas legales que gobiernan las restituciones mutuas; que son sumas de dinero destinadas a incrementar la cuenta de ahorro individual; que dichas sumas ya se encuentran extintas; frente a las primas de seguros previsionales señala que ya no se encuentran en su poder, sino en poder de la aseguradora; que estas sumas son por mandato legal; que en el RPMPD no existe la necesidad de contratar seguros previsionales para los fines que sí están previstos en el RAIS; que el fallador de primera instancia se aleja de lo establecido en el artículo 7 del Decreto 3995 de 2008, y finalmente que la SIF en Concepto del 15 de enero de 2020 manifestó que en caso de darse el traslado, se deben trasladar solo los valores de la cuenta de ahorro individual y sus rendimientos.

## **6. Alegatos de conclusión.**

**6.1 PORVENIR S.A.:** Solicita que se revoque en su integridad la sentencia de primera instancia, en la medida en que no se acreditó algún vicio en el consentimiento, ni se alegó mucho menos probó las causales previstas en el artículo 1741 del Código Civil; que el artículo 271 de la ley 100 de 1993 solo tiene como consecuencia una multa económica, pero ni siquiera por aproximación se refiere a las consecuencias de que trata el artículo 1740 y ss del Código Civil; que a la demandante se le garantizó el derecho al retracto; que la entidad demandada cumplió con la carga de la prueba y allegó las pruebas que se encuentran en su poder, insistiendo en que el formulario de vinculación es un documento público que no fue desconocido ni tachado; que en el evento de confirmar la decisión de instancia, solo es posible devolver los conceptos de que trata el artículo 113 de la Ley 100 de 1993; que debe tenerse en cuenta las restituciones mutuas; que debe tenerse en cuenta el concepto del 15 de enero de 2020 emitido por la SFC.

**6.2 COLPENSIONES.:** Solicita que se revoque la decisión de instancia, ya que obran pruebas documentales suficientes que llevan a determinar que el traslado se hizo de manera libre y voluntaria, con la presentación de la información clara y precisa; que debe tenerse en cuenta el principio de sostenibilidad financiera del sistema; que el demandante se encuentra en la prohibición legal de traslado.

**6.3 DEMANDANTE.:** Solicita que se confirme la decisión de primera instancia, dado que se configura la ineficacia del traslado conforme a los lineamientos jurisprudenciales expuestos por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

### **CONSIDERACIONES DE LA SALA**

El recurso de apelación interpuesto por SKANDIA S.A., PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES, se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por el recurrente, y se estudiará en consulta en favor de COLPENSIONES en lo que le sea desfavorable de conformidad con lo dispuesto en el art. 69 CPT y de la SS.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar el siguiente **problema jurídico principal:** ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por el accionante? En caso positivo, se abordarán los siguientes **problemas jurídicos secundarios:** (i) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que el accionante se trasladó de régimen?; (ii) ¿La falta de información se sana por el transcurso del tiempo?; (iii) ¿El traslado entre diferentes AFP del RAIS convalida la afiliación a dicho régimen? (iv) ¿La AFP privada está obligada a devolver a COLPENSIONES las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos?; (v) ¿COLPENSIONES debe aceptar el traslado y activar la afiliación del demandante? y (vi) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

#### **Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado**

Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que si bien es cierto, se solicitó la nulidad del traslado de régimen por falta de información al momento en que la demandante se trasladó al RAIS, lo cierto es, que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem, por tanto, resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente entre otras en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

#### **Afiliación, cotización y traslado**

Se encuentra demostrado que la señora ALIX SILVA OBANDO, se afilió al otrora ISS, hoy COLPENSIONES desde el 29 de diciembre de 1992 hasta el 31 de enero de 1995 conforme a la historia laboral aportada por Colpensiones (Fol 125); que se trasladó a Horizonte, hoy Porvenir S.A. el 30 de enero de 1995 ( Fol 294); que posteriormente se trasladó a Colfondos S.A. el 11 de septiembre de 2000 (Fol 283) y, finalmente suscribió formulario de traslado con Skandia S.A el 25 de septiembre de 2013 (fol 70) entidad donde se encuentra actualmente afiliada.

## **Carga probatoria y deber de información**

Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en la AFP no en la demandante, en primer lugar, porque la omisión en torno al deber de información expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P., en segundo lugar, porque la **custodia de la documentación** así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993, y en tercer lugar, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, ha considerado que son las entidades de seguridad social las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que un afiliado al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a ella sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1995- la CSJ ha señalado que las AFP debían hacer una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

Adicionalmente es necesario indicar que, la Sala no desconoce que para el momento en que el demandante se trasladó al RAIS se encontraba vigente el Decreto 692 de 1994 *"Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993"* en cuyo artículo 11 señala que para adelantar el proceso de vinculación a la AFP se debe diligenciar el **formulario** previsto por la Superintendencia Bancaria y que en el mismo deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo posible que el formulario contenga la leyenda preimpresa en ese sentido, sin embargo, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia bajo el radicado N.º 31989 del 2008, la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial

las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo impone el art. 1603 del C.C.

Señaló además la Corte en la sentencia SL 2324-2019 al reiterar la sentencia bajo el radicado N.º 33.083 del 2011, que por la doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de transparencia, vigilancia y el deber de información; éste último –información- debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Por tanto, la AFP demandada sí estaba en la obligación de proporcionar a la demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarla como potencial afiliada, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarla de tomar una opción que claramente le perjudica, de manera que es equivocada la postura de las AFP al considerar desde la óptica de los vicios del consentimiento que en el presente caso no se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, como quiera que es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que a la parte actora se le debió garantizar la debida asesoría al momento de su traslado, a fin de que su decisión estuviera precedida de un consentimiento informado, sin que tal obligación se encuentre exenta por el hecho de que la afiliada sea profesional, pues esto no releva a la entidad de su obligación legal, y por esa vía se despacha negativamente la alzada en este aspecto.

Finalmente, es necesario precisar que en el presente caso no es necesario estudiar si el demandante está o no dentro de la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003 la cual no permite que los afiliados se trasladen cuando les falten 10 años o menos para adquirir la edad mínima para pensionarse, ni tampoco si cumple con los requisitos establecidas en la sentencia SU 062 del 2010, como quiera que no nos encontramos frente a una **solicitud de traslado** sino de ineficacia del traslado.

### **Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo**

Se debe indicar respecto a la declaratoria de saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información por el simple paso del tiempo, que conforme lo tiene adoctrinado la CSJ entre otras en la sentencia SL 1688-2019, el hecho de que el demandante haya permanecido muchos años en el RAIS, no tiene la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, toda vez que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad, pues como se explicó, la afiliada requiere para tomar decisiones la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato sólo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente, pierde su utilidad, lo que equivale a ausencia de información.

### **Traslado entre varias administradoras del RAIS**

En este punto, cabe resaltar lo doctrinado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, entre otras sentencias, la de radicado No. 31989 del 09 de

septiembre de 2008, en la que expresó: "**la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen**".

Ello por la simple razón de que la declaración de ineficacia de traslado trae consigo el que las cosas vuelvan a su estado anterior y, por lo tanto, una nueva afiliación al interior del RAIS no convalida la actuación viciada de traslado, tal como acontece en el sub examine, pues aunque la actora se trasladó entre AFP del RAIS, de tal acto no puede predicarse la convalidación de la ineficacia del traslado inicial por falta del deber de información en que incurrió la AFP Horizonte, hoy Porvenir SA. en el año 1995, además de que ni siquiera en el traslado al interior del mismo RAIS se evidencia soporte documental acreditativo de haberse suministrado información clara, completa y comprensible a la potencial afiliada, menos aún, cálculos comparativos de la mesada pensional en ambos regímenes.

Así las cosas, el traslado entre AFP del mismo régimen, no convalida la ineficacia del traslado de régimen pensional prístino y, por tanto, una vez declarada la ineficacia del traslado de régimen pensional inicial del 30 de enero de 1995, queda sin efectos los consecutivos traslados efectuados al interior del RAIS, los que se itera, no convalidan el acto jurídico del traslado de régimen pensional, y en esa medida pervive el vicio de la falta de consentimiento informado para migrar al RAIS.

### **Aceptación de aportes y activación de la afiliación**

Ahora, es necesario precisar, que al quedar sin efecto la afiliación al RAIS del demandante es claro que su vinculación con COLPENSIONES quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de la AFP los aportes efectuados por el accionante a ésta a fin que reposen en la historia laboral de la administradora de pensiones Colpensiones, quien está en la obligación de activarlo en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de **manera íntegra** a COLPENSIONES, declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-).

### **Consecuencias que conlleva la ineficacia del traslado- devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos**

Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adocinado entre otras en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros**. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado

por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021).

Ahora, en lo relacionado con la devolución de los anteriores conceptos cuando se presentan varios traslados al interior del RAIS, la Corte también ha tenido oportunidad de pronunciarse y en sentencia SL2877/20, concluyó:

*"la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional".*

(...)

*Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal"*

Conforme a ello, es claro que procede la devolución de todos los aportes, cotizaciones, y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración y comisiones por parte de SKANDIA S.A., COLFONDOS S.A, y PORVENIR S.A. (durante el tiempo de permanencia del actor en cada AFP), debidamente indexados, con destino a COLPENSIONES.

En el sub examine, una vez revisada la decisión de instancia, sí se hizo extensiva la condena a SKANDIA S.A., COLFONDOS S.A., y PORVENIR S.A., asimismo, congloba de manera expresa los conceptos de gastos de administración y comisiones y, por ende, habrá de confirmarse la sentencia en este ítem.

Siendo necesario acotar que, los **conceptos de la Superintendencia Financiera** no son vinculantes, pues así lo ha aquilatado la CSJ desde vieja data: *"...las <interpretaciones> hechas por la Superintendencia Bancaria, no tienen el carácter de ser judiciales ni vinculan a los jueces* (Radicado 17784 de 2002). Ni tampoco es aplicable al presente caso el art. 113 de la Ley 100 de 1993 como quiera que no nos encontramos frente a un traslado de régimen sino a una solicitud de ineficacia del traslado, por lo que se reitera que esta Sala acoge en su integridad la postura de la CSJ.

Además se debe precisar que, efectivamente en el RPMPD también se hacen descuentos por concepto de **gastos de administración**, sin embargo, esto no las exonera de la obligación de devolver a COLPENSIONES las sumas descontadas por este concepto, ni tampoco pueden pretender que se den restituciones mutuas, como quiera que nuestra CSJ fue clara al señalar que en estos casos, en que se debe declarar la ineficacia del traslado por falta de información, se debe hacer devolución no solo de los rendimientos sino también de las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones, independientemente de que la Ley 100 de 1993 permitiera a los fondos descontar ese valor durante la afiliación.

### **Excepción de prescripción**

Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte

Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019. En cuanto a la devolución de los gastos de administración al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes del afiliado, la Sala considera que es igualmente imprescriptible.

## **COSTAS**

En segunda instancia se impondrán costas a cargo de PORVENIR S.A., SKANDIA S.A., COLFONDOS SA y COLPENSIONES y, a favor de la parte demandante, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado. Las de primera instancia se confirman.

## **DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

## **RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 26 de julio del 2021, por el Juzgado 4° Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

**SEGUNDO: CONDENAR** en **COSTAS** en esta instancia en favor del demandante y a cargo de PORVENIR S.A., SKANDIA S.A., COLFONDOS SA y COLPENSIONES. Las de primera, se confirman.

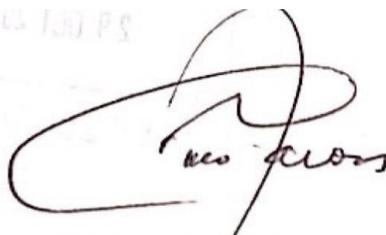
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**  
Magistrada



**EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS**  
Magistrado

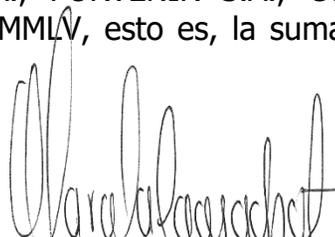


**LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR**  
Magistrado

*-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-*

### **AUTO PONENTE**

**COSTAS** en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor del demandante y a cargo de SKANDIA S.A., PORVENIR S.A., COLFONDOS SA, y COLPENSIONES, el equivalente a un (1) SMMIV, esto es, la suma de \$ 908.526, a cargo de cada una.



**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**  
Magistrada



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.  
SALA LABORAL

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

**PROCESO:** ORDINARIO LABORAL  
**DEMANDANTE:** CARLOS ALFREDO MORENO CRUZ  
**DEMANDADO:** COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A., y PORVENIR S.A.  
**RADICACIÓN:** 110013105-033-2019-00393-01  
**ASUNTO:** APELACIÓN y CONSULTA SENTENCIA  
**TEMA:** INEFICACIA TRASLADO

Bogotá D.C, treinta (30) de noviembre de dos mil veintiuno (2021)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 "*Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica*", se procede a proferir la siguiente,

### AUTO

En atención al memorial allegado mediante correo electrónico, se reconoce personería para actuar a la Dra. LINDA VANNESA BARRETO SANTA MARIA, identificada en legal forma, como apoderada sustituta de COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido.

### SENTENCIA ANTECEDENTES RELEVANTES

**1. Demanda.** CARLOS ALFREDO MORENO CRUZ instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A., y PORVENIR S.A. con el fin de que se declare la ineficacia de los traslados realizados al RAIS a través de Porvenir y Colmena; que como consecuencia, se condene a Porvenir y Protección a entregar a Colpensiones el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual, incluyendo cotizaciones obligatorias, cotizaciones voluntarias, bonos pensionales, y rendimientos financieros; que se condene a Colpensiones a recibir los anteriores conceptos; y se condene en costas y agencias en derecho.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que se afilió al ISS para cubrir los riesgos comunes de invalidez, vejez y muerte desde el 01 de agosto de 1984; que el 05 de noviembre de 1997 suscribió formulario de afiliación con Porvenir S.A.; que el 26 de febrero de 1999 se trasladó a Colmena; que el 21 de marzo de 2003 se trasladó a Porvenir S.A.; que no se le brindó la debida información completa acerca de las implicaciones del traslado, y que ha solicitado a las entidades demandadas el retorno al RPMPD pero ha sido infructuoso (fols. 2 a 17).

**2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.** Fue notificada en debida forma (fol. 62); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

**3. Contestaciones.**

**3.1 COLPENSIONES.** Contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones tanto declarativas como condenatorias señalando que dentro del expediente no obra prueba alguna de que se le hubiese hecho incurrir en error al demandante o que se esté en presencia de algún vicio del consentimiento; que no se evidencia dentro de las solicitudes nota de protesta o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad por parte del demandante y por el contrario se observa que las documentales se encuentran ajustadas a derecho; que dicho traslado se realizó de manera libre y voluntaria; que el demandante no cumple con los requisitos contenidos en la sentencia SU 062 de 2010 para poderse trasladar de régimen pensional; que Colpensiones ha actuado en estricto cumplimiento del orden legal y nada tuvo que ver con la decisión que tomó el demandante. Propuso como excepciones de fondo las que denominó 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 administradoras de seguridad social del orden público y, la innominada o genérica (Fols. 73 a 90)

**3.2 AFP PROTECCIÓN S.A.** Contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda señalando que en el formulario de vinculación suscrito por el demandante señaló la voluntad de la afiliación de acuerdo con el Decreto 692 de 1994, artículo 11; que el demandante de manera libre y voluntaria suscribió la solicitud de vinculación a la AFP Colmena hoy Protección; que no obra constancia de situación anómala o constreñimiento y no ha existido omisión al deber de información; que los asesores de Colmena hoy Protección fueron diligentes al brindar información verbal al accionante respecto a las diferencias entre ambos regímenes. Como excepciones meritorias propuso las que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, declaración de manera libre y espontánea del demandante al momento de la afiliación a la AFP, inexistencia de capital acumulado en la cuenta de ahorro individual del demandante en la administradora de fondo de pensiones Protección S.A., buena fe por parte de AFP Protección S.A., inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, prescripción, compensación y, la genérica. (Fols. 119 a 124)

**3.3 PORVENIR S.A.** Contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda señalando que las características, condiciones, ventajas y desventajas del RAIS se encontraban claramente establecidos en la ley; que para la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993 no existía disposición alguna en relación con la naturaleza de la información que debían otorgar las administradoras; que los traslados realizador por el demandante son una clara señal del conocimiento de las características, elementos y naturaleza del RAIS; que el demandante no allega prueba siquiera sumaria de las razones de hecho que sustentan la nulidad de la afiliación; que se pretende imponer una carga adicional que para la fecha de traslado no estaban a cargo de las AFP; que la obligación de explicar a los afiliados las consecuencias del traslado nace solo a partir del inciso 4 del artículo 3 del decreto 2071 de 2015 que modifico a su vez el artículo 2.6.10.2.3 del Decreto 2555 de 2010; que la afiliación del demandante al RAIS es válida; que la afiliación no carece de nulidad o ineficacia. Como excepciones de fondo propuso las que denominó prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y, buena fe. (fols. 129 a 155).

**4. Fallo de Primera Instancia.** Terminó la instancia con sentencia del 28 de julio de 2021, en la que el fallador de primera instancia declaró la ineficacia del traslado al RAIS administrado por Porvenir SA; declaró que el demandante se encuentra efectivamente afiliado al RPMPD; ordenó a Porvenir a realizar el traslado de los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual a Colpensiones, junto con los rendimientos, intereses y cuotas de administración; ordenó a Colpensiones a recibir el traslado de las sumas descritas así como a reactivar su afiliación; ordenó a Porvenir y Protección el traslado de las cuotas de administración de manera proporcional al tiempo en el que el demandante estuvo afiliado con cargo al patrimonio de cada uno; declaró no probadas las excepciones y, finalmente condenó en costas a las demandadas.

La decisión del Juez se basó en que las AFP deben otorgar la información completa y necesaria para que se comprenda el acto jurídico que se está realizando; que la información no comprende solo la entrega de la normatividad o un folleto con la información; que desde el inicio de las AFP está establecido el deber de información; que si bien el demandante es abogado esto no es suficiente para que las AFP no cumplieran con el deber de información; que es la AFP quien está en una mejor posición para brindar información al potencial afiliado; que el simple formulario no acredita los datos referentes al consentimiento informado; que opera la inversión de la carga de la prueba a favor del afiliado; que no obra prueba documental que certifique cual fue la información que se le brindó al potencial afiliado; que debía realizarse una proyección pensional y la información necesaria la cual no le fue brindada al demandante; que para declarar la ineficacia no es necesario ser beneficiario del régimen de transición; que si bien para la fecha del traslado no se exigía el buen consejo o la doble asesoría, si era necesario que le brindara información respecto de las ventajas y desventajas del traslado; que la información que se le brindó en el 2019 fue tardía; que dentro del proceso no es viable declarar que existen actos de relacionamiento que tuviesen la virtud de sanear el acto jurídico con el cumplimiento de los requisitos inicial; que los extractos de pensiones solo demuestran el IBL, cotizaciones y si el empleador está en mora pero no refleja la situación que debió presentarse desde la afiliación; que no hay lugar a declarar la prescripción, y finalmente que se debe retornar las cuotas de administración, rendimientos financieros y el capital que tiene la cuenta de ahorro individual a Colpensiones.

**5. Impugnación y límites del ad quem.** La decisión fue recurrida por las siguientes partes procesales.

**5.1 COLPENSIONES.:** Interpuso recurso de apelación parcial frente a la declaratoria de nulidad e ineficacia señalando que no se conoce si el ahorro o el aporte realizado por el demandante alcance a subir la prestación que se le vaya a reconocer a futuro y en caso de que el demandante superara la expectativa de vida estaría en detrimento esta entidad; que COLPENSIONES no alcanzo a planear dicha prestación con anticipación y hacer la proyecciones correspondientes; que la línea jurisprudencial expuesta por el a quo no es aplicable al caso en concreto; que la Corte le da una mayor proyección a aquellos afiliados que se encuentren o que se pudieran ver afectados de una manera grave o se coloque en peligro su derecho pensional; que existe una desproporcionalidad probatoria; que se logró demostrar el formulario de afiliación fue firmado de manera consciente, libre y voluntaria. Finalmente, que con los aportes realizados mes a mes y los traslados horizontales se pudo haber convalidado la afiliación.

**5.2 PROTECCIÓN S.A.:** Interpuso recurso de apelación parcial frente a la devolución de los gastos de administración señalando que estos gastos de administración se

encuentran debidamente autorizados en el artículo 20 de la ley 100 de 1993; que dichos gastos son generados por la buena administración y son producto de la actividad realizada por la AFP y, que se estaría constituyendo un enriquecimiento ilícito a favor del demandante pues estos dineros no debieron existir.

**5.3 PORVENIR S.A.:** Interpuso recurso de apelación contra la decisión proferida por el a quo señalando que no se le dio el valor probatorio al formulario de afiliación; que dicho formulario es prueba del cumplimiento de los requisitos vigentes para dicho momento y la voluntad expresa del afiliado que entendía que el acto jurídico que estaba realizando; que no estaba reglado el deber de información como lo exige el Juzgado, ya que para dicho momento no se había consolidado el deber de información; que lo único que le era exigible era el formulario de afiliación; que el hecho de que no se haya realizado una proyección pensional o que se haya advertido de las posibles consecuencias con ocasión al traslado no implica que se haya vulnerado el derecho de información; que si bien en el formulario no consta toda la información que se le brindó también es cierto que solo se puede firmar algún documento cuando recibe la información; que la incomodidad del demandante es con el valor de la mesada pensional; que si la mesada en el RAIS fuese igual o superior el demandante no tendría ninguna incomodidad con ello; que los afiliados también tienen intrínsecos unos deberes y obligaciones que el actor incumplió; que en virtud de las restituciones mutuas resulta contradictorio la condena a devolver los gastos de administración ya que se pierden los efectos del traslado; que al retrotraer la situación el demandante no tendría derecho a la devolución de los rendimientos; que dichos valores están soportados en el artículo 20 de la ley 100 de 1993. Finalmente, solicita se revoque en su totalidad el fallo.

## **6. Alegatos de conclusión.**

**6.1 PORVENIR S.A.:** Solicita que se revoque en su integridad la sentencia de primera instancia, en la medida en que no se configuran los presupuestos de la ineficacia del traslado de régimen, ya que la afiliación fue de manera libre y voluntaria, cumpliendo con el deber de información según y conforme las normas vigentes al momento del traslado; que en el evento de confirmar la decisión de instancia, solo es posible devolver los conceptos de que trata el artículo 113 de la Ley 100 de 1993; que debe tenerse en cuenta las restituciones mutuas; que debe tenerse en cuenta el concepto del 15 de enero de 2020 emitido por la SFC, en la que se precisa la imposibilidad de ordenar el traslado de los gastos de administración y seguros previsionales.

**6.2 COLPENSIONES.:** Solicita que se revoque la decisión de instancia, ya que obran pruebas documentales suficientes que llevan a determinar que el traslado se hizo de manera libre y voluntaria, con la presentación de la información clara y precisa; que debe tenerse en cuenta el principio de sostenibilidad financiera del sistema; que el demandante se encuentra en la prohibición legal de traslado; que en caso de confirmarse la decisión de instancia, se condene a la devolución de la totalidad de las sumas percibidas por concepto de cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración.

**6.3 DEMANDANTE.:** Solicita que se confirme la decisión de primera instancia, dado que se configura la ineficacia del traslado conforme a los lineamientos jurisprudenciales expuestos por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

**6.4 PROTECCIÓN S.A.:** Manifiesta que resulta totalmente improcedente la devolución de los gastos de administración, ya que va en contra de la Ley 100 de 1993, además

que no se tiene en cuenta la buena administración que hizo la AFP; que ordenar el traslado de los conceptos de gastos de administración es propiciar un enriquecimiento sin causa a favor de COLPENSIONES.

### **CONSIDERACIONES DE LA SALA**

El recurso de apelación interpuesto por PORTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A., y COLPENSIONES, se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por el recurrente, y se estudiará en consulta en favor de COLPENSIONES en lo que le sea desfavorable de conformidad con lo dispuesto en el art. 69 CPT y de la SS.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar el siguiente **problema jurídico principal** ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por el accionante? En caso positivo, se abordarán los siguientes **problemas jurídicos secundarios**: (i) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que el accionante se trasladó de régimen?; (ii) ¿La falta de información se sana por el transcurso del tiempo?; (iii) ¿El traslado entre diferentes AFP del RAIS convalida la afiliación a dicho régimen? (iv) ¿La AFP privada está obligada a devolver a COLPENSIONES las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos?; (v) ¿COLPENSIONES debe aceptar el traslado y activar la afiliación del demandante? y (vi) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

#### **Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado**

Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem, por tanto, resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente entre otras en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

#### **Afiliación, cotización y traslado**

Se encuentra demostrado que el señor CARLOS ALFREDO MORENO CRUZ, se afilió al otrora ISS, hoy COLPENSIONES desde el 01 de agosto de 1984, con cotizaciones hasta el 02 de agosto de 1998, conforme aparece en la historia laboral expedida por COLPENSIONES (fol. 46); que suscribió formulario con Porvenir de fecha 14 de agosto de 1998 (fol 22); que suscribió formulario de afiliación con la AFP Colmena, hoy PROTECCION S.A. fechado del 26 de febrero de 1999 (fol 20); que suscribió formulario de afiliación con Porvenir con fecha 21 de marzo de 2003 (Fol 186), donde se encuentra actualmente, según su historia laboral de cotizaciones.

## **Carga probatoria y deber de información**

Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en la AFP no en el demandante, en primer lugar, porque la omisión en torno al deber de información expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P., en segundo lugar, porque la **custodia de la documentación** así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993, y en tercer lugar, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, ha considerado que son las entidades de seguridad social las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que un afiliado al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a él sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1998- la CSJ ha señalado que las AFP debían hacer una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

Adicionalmente es necesario indicar que, la Sala no desconoce que para el momento en que el demandante se trasladó al RAIS se encontraba vigente el Decreto 692 de 1994 *"Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993"* en cuyo artículo 11 señala que para adelantar el proceso de vinculación a la AFP se debe diligenciar el **formulario** previsto por la Superintendencia Bancaria y que en el mismo deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo posible que el formulario contenga la leyenda pre-impresa en ese sentido, sin embargo, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia bajo el radicado N.º 31989 del 2008, la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial

las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo impone el art. 1603 del C.C.

Señaló además la Corte en la sentencia SL 2324-2019 al reiterar la sentencia bajo el radicado N.º 33.083 del 2011, que por la doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de transparencia, vigilancia y el deber de información; éste último –información- debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Por tanto, la AFP demandada sí estaba en la obligación de proporcionar al demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarlo como potencial afiliado, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarlo de tomar una opción que claramente le perjudica, de manera que se equivoca la postura de la AFP al considerar desde la óptica de los vicios del consentimiento que en el presente caso no se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, como quiera que es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que a la parte actora se le debió garantizar la debida asesoría al momento de su traslado, a fin de que su decisión estuviera precedida de un consentimiento informado, sin que tal obligación se encuentre exenta por el hecho de que el afiliado sea profesional, pues el hecho de que el actor sea economista no releva a la entidad de su obligación legal, y por esa vía se despacha negativamente la alzada en este aspecto.

Finalmente, es necesario precisar que en el presente caso no es necesario estudiar si el demandante está o no dentro de la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003 la cual no permite que los afiliados se trasladen cuando les falten 10 años o menos para adquirir la edad mínima para pensionarse, ni tampoco si cumple con los requisitos establecidas en la sentencia SU 062 del 2010, como quiera que no nos encontramos frente a una **solicitud de traslado** sino de ineficacia del traslado.

### **Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo**

Se le debe indicar a las AFP respecto a su argumento dirigido a obtener la declaratoria de saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información por el simple paso del tiempo, que conforme lo tiene adoctrinado la CSJ entre otras en la sentencia SL 1688-2019, el hecho de que el demandante haya permanecido muchos años en el RAIS, no tiene la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, toda vez que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad, pues como se explicó, el afiliado requiere para tomar decisiones la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato solo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente, pierde su utilidad, lo que equivale a ausencia de información.

### **Traslado entre varias administradoras del RAIS**

En este punto, cabe resaltar lo doctrinado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, entre otras sentencias, la de radicado No. 31989 del 09 de

septiembre de 2008, en la que expresó: “**la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen**”.

Ello por la simple razón de que la declaración de ineficacia de traslado trae consigo el que las cosas vuelvan a su estado anterior y, por lo tanto, una nueva afiliación al interior del RAIS no convalida la actuación viciada de traslado, tal como acontece en el sub examine, pues aunque el actor se trasladó entre AFP del RAIS, de tal acto no puede predicarse la convalidación de la ineficacia del traslado inicial por falta del deber de información en que incurrió la AFP PORVENIR S.A. en el año 1997, además de que ni siquiera en el traslado al interior del mismo RAIS se evidencia soporte documental acreditativo de haberse suministrado información clara, completa y comprensible al potencial afiliado, menos aún, cálculos comparativos de la mesada pensional en ambos regímenes.

Así las cosas, el traslado entre AFP del mismo régimen, no convalida la ineficacia del traslado de régimen pensional prístino y, por tanto, una vez declarada la ineficacia del traslado de régimen pensional inicial del 05 de noviembre de 1997, queda sin efectos los consecutivos traslados efectuados al interior del RAIS, los que se itera, no convalidan el acto jurídico del traslado de régimen pensional, y en esa medida pervive el vicio de la falta de consentimiento informado para migrar al RAIS.

### **Aceptación de aportes y activación de la afiliación**

Ahora bien, es necesario precisar, que al quedar sin efecto la afiliación al RAIS de la demandante es claro que su vinculación con COLPENSIONES quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de la AFP los aportes efectuados por el accionante a ésta a fin que reposen en la historia laboral de la administradora de pensiones Colpensiones, quien está en la obligación de activarlo en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de **manera íntegra** a COLPENSIONES, declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-).

### **Consecuencias que conlleva la ineficacia del traslado- devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos**

Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adocinado entre otras en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros**. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado

por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021).

Ahora, en lo relacionado con la devolución de los anteriores conceptos cuando se presentan varios traslados al interior del RAIS, la Corte también ha tenido oportunidad de pronunciarse y en sentencia SL2877/20, concluyó:

*"la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional".*

(...)

*Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal"*

Conforme a ello, es claro que procede la devolución de todos los aportes, cotizaciones, y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración y comisiones por parte de PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A (durante el tiempo de permanencia de la actora en cada AFP), con destino a COLPENSIONES.

En el sub examine, una vez revisada la decisión de instancia, sí se hizo extensiva la condena a PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A.; sin embargo, no se encuentran incluida el concepto por comisiones o sumas adicionales de la aseguradora, por lo que habrá de adicionarse en la sentencia este ítem.

Siendo necesario acotar que, los **conceptos de la Superintendencia Financiera** no son vinculantes, pues así lo ha aquilatado la CSJ desde vieja data: *"...las <interpretaciones> hechas por la Superintendencia Bancaria, no tienen el carácter de ser judiciales ni vinculan a los jueces* (Radicado 17784 de 2002). Ni tampoco es aplicable al presente caso el art. 113 de la Ley 100 de 1993 como quiera que no nos encontramos frente a un traslado de régimen sino a una solicitud de ineficacia del traslado, por lo que se reitera que esta Sala acoge en su integridad la postura de la CSJ.

Además se debe precisar que, efectivamente como lo afirma las AFP del RAIS en el RPMPD también se hacen descuentos por concepto de **gastos de administración**, sin embargo, esto no las exonera de la obligación de devolver a COLPENSIONES las sumas descontadas por este concepto, ni tampoco pueden pretender que se den restituciones mutuas, como quiera que nuestra CSJ fue clara al señalar que en estos casos, en que se debe declarar la ineficacia del traslado por falta de información, se debe hacer devolución no solo de los rendimientos sino también de las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones, independientemente de que la Ley 100 de 1993 permitiera a los fondos descontar ese valor durante la afiliación.

### **Excepción de prescripción**

Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte

Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019. En cuanto a la devolución de los gastos de administración al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes del afiliado, la Sala considera que es igualmente imprescriptible.

## **COSTAS**

En segunda instancia se impondrá costas a cargo de PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES y, a favor de la parte demandante, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado. Las de primera instancia se confirman.

## **DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

## **RESUELVE**

**PRIMERO: ADICIONAR** al numeral **TERCERO y QUINTO** de la sentencia proferida el 28 de julio del 2021, por el Juzgado 33 Laboral del Circuito de Bogotá, la **ORDEN** a la AFP PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. (durante el tiempo de permanencia en cada AFP), para que traslade a COLPENSIONES, si aún no lo han efectuado, además de los conceptos ordenados en los referidos numerales, las **comisiones o sumas adicionales de la aseguradora** de manera íntegra, **los cuales deberá asumir de sus propias utilidades**, sin que haya lugar a deducir alguna comisión o realizar descuentos a las cotizaciones, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

**SEGUNDO: CONFIRMAR** en todo lo demás la sentencia venida en apelación y consulta.

**TERCERO: CONDENAR** en **COSTAS** en esta instancia en favor del demandante y a cargo de PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES. Las de primera, se confirman.

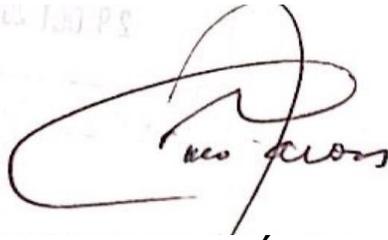
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**  
Magistrada



**EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS**  
Magistrado



**LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR**  
Magistrado

*-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-*

### **AUTO PONENTE**

**COSTAS** en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor del demandante y a cargo de PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A., y COLPENSIONES, el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$ 908.526, a cargo de cada una.



**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**  
Magistrada



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.  
SALA LABORAL

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

**PROCESO:** ORDINARIO LABORAL  
**DEMANDANTE:** LILIA SIERRA  
**DEMANDADO:** NACIÓN-MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO  
**RADICACIÓN:** 110013105-027-2019-00212-01  
**ASUNTO:** APELACIÓN Y CONSULTA  
**TEMA:** PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES – CÓNYUGE DE PENSIONADO.

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre del dos mil veintiuno (2021)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 "Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica", se procede a proferir la siguiente,

## SENTENCIA

### ANTECEDENTES RELEVANTES

**1. Demanda.** La señora LILIA SIERRA a través de mandataria judicial instauró demanda laboral con el fin que se condene a la NACIÓN- MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO al reconocimiento y pago de la sustitución pensional en calidad de cónyuge supérstite de HUMBERTO FANDIÑO GUERRERO, a partir del 12 de noviembre de 2018, los intereses moratorios, la indexación, y las costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que mediante decisión judicial proferida por el Juzgado 16 Laboral del Circuito de Bogotá se le reconoció el derecho pensional a Humberto Fandiño Guerrero (Q.E.P.D); que a continuación del proceso ordinario se inició el proceso ejecutivo para el cumplimiento de la obligación a cargo del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, correspondiente a las mesadas pensionales desde mayo de 2016 al 12 de noviembre de 2018, fecha en la que falleció el señor Humberto Fandiño Guerrero (Q.E.P.D); que contrajo matrimonio por el rito católico con el causante el 11 de septiembre de 1960, vínculo que se mantuvo vigente hasta la fecha de deceso de Humberto Fandiño Guerrero (Q.E.P.D).

**2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.** Fue notificada en debida forma (Fol. 57); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

**3. Contestación del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.:** Se opone a todas las pretensiones invocadas en su contra bajo el argumento de que tal ente Ministerial no fue expresamente designado para reconocer y pagar pensiones, además porque a partir de la expedición del Decreto No 081 del 20 de enero de 1976 esas funciones de pagador de pensiones fueron trasladadas a la Caja Nacional de Previsión Social CAJANAL, hoy liquidada, trasladando a tal entidad las funciones que atendía la extinta sección de pensiones de la Dirección General del Presupuesto del Ministerio de Hacienda en los términos del artículo 5 del Decreto 081 de 1976; que ante la condena *suí generis* impuesta en el proceso 2006-00236 viene adelantando un proceso de conmutación pensional con COLPENSIONES, el cual se encuentra en marcha. Como excepciones de mérito rotuló las siguientes: el Ministerio de Hacienda y Crédito Público no es una entidad reconocedora de pensiones, existencia de un trámite de conmutación pensional y la genérica (Fols. 59 a 62).

**4. Fallo de Primera Instancia.** Terminó la instancia con sentencia del 08 de septiembre de 2021, mediante la cual el Juzgado declaró que a la señora LILIA SIERRA le asiste el derecho como única beneficiaria, a que la demandada NACIÓN-MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO le reconozca y pague la sustitución de la pensión sanción reconocida al causante HUMBERTO FANDIÑO GUERRERO mediante fallo judicial del 22 de agosto de 2008, en las mismas condiciones; condenó al NACIÓN- MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO a reconocer a LILIA SIERRA la sustitución de la pensión sanción concedida al causante Humberto Fandiño Guerrero (Q.E.P.D), a partir del 11 de noviembre de 2018 con una mesada equivalente a un (1) SMLMV y por catorce mesadas al año, con los reajustes anuales respectivos, para tal efecto, deberá coordinar con COLPENSIONES para la ejecución del pago de retroactivo, y mesadas causadas con posterioridad a la emisión de esta sentencia, de acuerdo al proceso de conmutación pensional que se adelanta; condenó a la NACIÓN- MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO a pagar a la demandante la suma de \$34.116.871 por concepto de mesadas pensionales causadas desde el 18 de noviembre de 2018 al 31 de agosto de 2021, quedando autorizada a realizar los descuentos al sistema general de seguridad social en salud; condenó a la NACIÓN- MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, al reconocimiento de los intereses moratorios sobre las sumas adeudadas a partir del 24 de marzo de 2019 y hasta cuando se verifique el pago de las mismas; declaró no probadas las excepciones propuestas y gravó en costas al ente Ministerial (fls. 107 a 109 con Cd de audiencia).

Su decisión se basó en que la pensión sanción es transmisible a los beneficiarios que acrediten los requisitos exigidos en la Ley 100 de 1993, que para el caso concreto corresponde a la convivencia, ya que fue un hecho indiscutido que el causante era beneficiario de la pensión sanción reconocida a través de sentencia proferida por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá, además que es el Ministerio de Hacienda y Crédito Público quien debe responder por las obligaciones de quienes laboraron en la mina Muzo- Boyacá, tal como fue condenado en la providencia que reconoció la pensión sanción.

Frente al tema de la convivencia, dedujo que la demandante y el causante contrajeron matrimonio católico el 11 de septiembre de 1960, y su vínculo se mantuvo hasta la fecha del deceso del señor HUMBERTO FANDIÑO GUERRERO acaecido el 11 de noviembre de 2018, ello confirme el dicho de los testigos Hugo Hernando Vargas López y Martha Elisa Fandiño Sierra, quienes afirmaron que la

pareja nunca tuvo separaciones, se acompañaron mutuamente, y que no existió interrupción de la convivencia o la presencia de otra persona en la vida en común de los consortes.

En ese orden, consideró que le asiste el derecho a la sustitución pensional en favor de la actora y en cuantía de UN SMLMV por ser aquel monto el que venía disfrutando el señor HUMBERTO FANDIÑO GUERRERO como pensión sanción, prestación que debe ser sobre 14 mesadas pensionales por haberse causado la pensión sanción con anterioridad al Acto Legislativo 01 de 2005.

Frente a los intereses moratorios impartió condena con fundamento en el criterio de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral como la SL1727 de 2021 en la que se considera que los referidos intereses aplican para todo tipo de pensiones, ello así, ordenó el reconocimiento de los intereses moratorios a partir del 24 de marzo de 2019, esto es, dos meses después de haberse radicado la solicitud pensional, aunado a que la negativa en el reconocimiento no es atendible, ya que el beneficiario no puede afectarse por los trámites internos de la entidad, así como tampoco está obligado a soportar las cargas administrativas de las entidades obligadas al reconocimiento.

**5. Impugnación y límites del ad quem.** La alzada fue presentada por la parte demandante y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en los siguientes términos:

**5.1 Demandante:** Solicitó que no es procedente ordenar el descuentos de los aportes al sistema general de seguridad social en salud, ya que la entidad demandada no tiene afiliada para ese riesgo a la demandante, por lo que mal podría descontarse aportes para dicha finalidad. Asimismo, que la actora no ha recibido el servicio de salud, y por ende no hay causa para ordenar tales descuentos.

**5.2 Ministerio de Hacienda y Crédito Público:** Manifiesta que debe revocarse la decisión de instancia, dado que el Ministerio no es el obligado a reconocer la pensión solicitada, pues solamente fungió como administrador del PAC pero no es deudor; que las funciones pensionales que en su momento tenía el Ministerio de Hacienda y Crédito Público fueron trasladadas a CAJANAL de conformidad con el Decreto 081 de 1976; que el Ministerio no es una entidad de previsión social y mal podría asumir una obligación que no le corresponde; que de conformidad con el Decreto 081 de 1976, no solo desapareció la Sección de Prestaciones del Ministerio de Hacienda, sino que también se trasladó a CAJANAL la planta de personal de tal sección; que la función misional del Ministerio no es el reconocimiento de pensiones; que como quiera que tal función no está a su cargo, se ha dispuesto adelantar el trámite de conmutación pensional con COLPENSIONES para que sea esta entidad quien asuma el reconocimiento y pago de las prestaciones; que de parte del Ministerio se han adelantado todas las gestiones tendientes a la conmutación pero se han encontrado con trabas administrativas, no solo en este proceso sino en tres más; que debe revocarse la decisión y estarse al trámite de la conmutación pensional.

**6. Alegatos de conclusión.** La parte demandante solicita que se revoque parcialmente la decisión de instancia en lo que refiere a los descuentos al sistema de salud.

## 7. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Los recursos de apelación interpuestos por las partes se estudiarán de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS, que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por las recurrentes y se estudiará en consulta a favor del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en lo que no haya apelado y le sea desfavorable.

Los **problemas jurídicos** que centran la atención de la Sala consisten en establecer: (i) ¿La señora LILIA SIERRA reúne los requisitos legales para ser beneficiaria de la pensión de sobrevivientes causada por el señor HUMBERTO FANDIÑO GUERRERO (q.e.p.d.)? En caso afirmativo, (ii) ¿Procede el retroactivo, intereses moratorios o la indexación?

### **Fallecimiento**

El señor HUMBERTO FANDIÑO GUERRERO (Q.E.P.D) falleció el 11 de noviembre de 2018, según registro civil de defunción obrante a folio 11

### **Normatividad aplicable**

Al *sub lite* le es aplicable el régimen legal contenido en los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, modificados por los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003, pues el causante falleció el 11 de noviembre de 2018 y la modificación normativa en comento entró a regir a partir del 29 de enero de 2003.

### **Calidad de pensionado**

Se encuentra demostrado que el señor Humberto Fandiño Guerrero (Q.E.P.D), ostentaba el estatus de pensionado, en razón a que mediante providencia judicial del 22 de agosto de 2008, proferida por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Descongestión de Bogotá, y confirmada por la Sala Laboral de este Tribunal en proveído del 16 de abril de 2009, se reconoció la pensión sanción a partir del 7 de enero de 2001, en cuantía inicial de \$286.000, y a cargo del Ministerio de Hacienda y Crédito Público (Fol. 12 a 42).

Lo primero que viene a propósito colegir en este aspecto, es que le asiste razón a la a quo al estimar que la pensión sanción, como cualquier otra prestación es transmisible a quien teniendo la calidad de beneficiario acredite los presupuestos legales, pues al respecto la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia (SL4636-2018), ha decantado que: *"pensiones de origen distinto a las legales como las convencionales, extralegales o las simplemente voluntarias, también son transmisibles; circunstancia que desvirtúa la afirmación de la recurrente de que solo aquellas pensiones establecidas en el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, tendrían la virtualidad de ser sustituibles. En sentencia CSJ SL, 14 jun. 2005. rad. 24201"*

Otro de los aspecto que se precisa es el relativo a que el Ministerio de Hacienda y Crédito Publico pretende desligarse de la obligación a su cargo aduciendo los mismos argumentos que presentó cuando fue condenado a reconocer la pensión sanción, tema que considera la Judicatura superado al haberse proferido la sentencia 22 de agosto de 2008, por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Descongestión de

Bogotá, y confirmada por la Sala Laboral de este Tribunal en proveído del 16 de abril de 2009 (Fol. 12 a 42), en la que en el acápite de "responsabilidad de las demandadas" hizo alusión a lo siguiente:

*"De la documental vista a folio 11 a 13 y 64 a 66, en donde se establece que: "El Gobierno por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, asume el pago de las prestaciones sociales en trámite y las que en el futuro se causen a favor de los trabajadores nombrados en los términos contractuales y se hace responsable de las acciones que ante cualquier autoridad se hayan intentado o se intenten contra el Banco a causa del convenio de administración delegada..." es claro que el Ministerio de Hacienda es quien debe responder en primer término por los derechos laborales del actor"*

De conformidad con lo expuesto, considera la Sala que los argumentos esgrimidos en la alzada están llamados al fracaso, ya que la obligación a cargo del Ministerio de Hacienda y Crédito Público fue la de reconocer y pagar la pensión sanción al causante como único obligado, y por ende, en nada modifica tal obligación el hecho de que ahora la demandante en calidad de beneficiaria de la sustitución pensional reclame ante esa misma entidad el reconocimiento pensional, sin que sea argumento válido el hecho de que el ente Ministerial no sea entidad de previsión social, pues ninguna demostrativa se allegó al plenario tendiente a dilucidar que dicha obligación pensional a su cargo le corresponda por norma a otra entidad o este en cabeza de CAJANAL, hoy la UGPP, al contrario, lo que se denota es que sí es la entidad obligada al reconocimiento de la pensión sanción y la eventual sustitución pensional, pues no de otra manera se entiende que en otros procesos también fue condenada y por ello se esté adelantando el trámite de conmutación pensional con COLPENSIONES (Fols. 97 a 103), trámite que no se ha materializado y por ende, sigue estando en cabeza del Ministerio de Hacienda y Crédito Público el reconocimiento y pago de la sustitución pensional en el eventual caso de proferirse condena.

### **Requisitos de la pensión de sobrevivientes cónyuge de pensionado**

Acreditado como está, que el fallecido sí dejó causado el derecho para que sus posibles beneficiarios puedan acceder a la pensión de sobrevivientes, conviene resaltar el contenido del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, atinente a quiénes son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, entre otros, en forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstites, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha de fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad y acredite la existencia de vida marital con el causante por espacio mínimo de cinco años inmediatamente anteriores a la fecha del fallecimiento, cuya acreditación es carga procesal de los eventuales beneficiarios, tal como lo adoctrina la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en sentencia con radicación No 38213 del 28 de septiembre de 2010, en la que sostuvo que la convivencia le incumbe probarla a quien afirma el hecho.

#### **1) Calidad de cónyuge**

El registro civil de matrimonio glosado a folio 9 da cuenta que el señor Humberto Fandiño Guerrero contrajo matrimonio con Lilia Sierra, el día 11 de septiembre de 1960.

#### **2) Edad**

Con relación a este requisito no existe reparo alguno, puesto que la señora Lilia Sierra, nació el 7 de julio de 1946, es decir, que para la muerte del señor Humberto Fandiño Guerrero (q.e.p.d.), contaba con 72 años cumplidos, punto que no fue objeto de controversia por la pasiva.

### 3) Convivencia

Respecto de este tema, es preciso connotar que el requisito de la convivencia exige una especial cualificación, vale decir, que debe ser **real y efectiva** entre quien reclama el derecho y el causante, dado que esta depende de la acreditación de "*ser miembro del grupo familiar*", para lo cual, *in extenso*, la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en la sentencia con radicación No 32393 del 20 de mayo de 2008, a la que se alude en la sentencia SL1510-2014, adocina que en todos los eventos que trae el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, el cónyuge o la compañera o compañero permanente, deben "*ser miembros del grupo familiar*", y esa especial condición la detenta, como lo asevera la Sala de Casación Laboral del máximo tribunal de la justicia ordinaria en la sentencia del 5 de abril de 2005 (rad. 22560), quienes:

*"...mantengan vivo y actuante su vínculo mediante el auxilio mutuo, entendido como acompañamiento espiritual permanente, apoyo económico y vida en común, entendida ésta, aún en estados de separación impuesta por la fuerza de las circunstancias, como podrían ser las exigencias laborales o imperativos legales o económicos, lo que implica necesariamente una vocación de convivencia, que indudablemente no existe respecto de aquellos que por más de veinticinco años permanecieron separados de hecho, así en alguna oportunidad de la vida, teniendo esa condición de cónyuge o compañero (a) permanente, hubieren procreado hijos.*

*Si la convivencia se pierde, de manera que desaparezca la vida en común de la pareja, su vínculo afectivo, en el caso del cónyuge o compañero (a) permanente, se deja de ser miembro del grupo familiar del otro, por lo que igualmente se deja de ser beneficiario de su pensión de sobreviviente, en los términos del artículo 46."*

Ello así, lo primero que advierte la Sala es que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público de manera infundada le da respuesta a la actora sobre su solicitud de pensión de sobrevivientes, afirmándole que el causante no se afilió a ninguno de los dos regímenes pensionales, ni cuenta con registro de la historia laboral, afirmaciones que son completamente desafortunadas, ya que expresamente la actora en solicitud elevada el 24 de enero de 2019 pretende el reconocimiento pensional en calidad de cónyuge.

En ese sentido, resta para la Sala estudiar la acreditación o no del requisito de la convivencia, para lo cual se aviene a las disquisiciones que realizó la cognoscente de instancia, pues la parte actora cumplió con acreditar tal acometido al traer la testifical de Hugo Hernando Vargas López y Martha Elisa Fandiño Sierra, quienes rindieron una declaración espontánea y sin ambages. Hugo Hernando Vargas López arguyó en conocer a la pareja durante más de 40 años anteriores al fallecimiento, quien además frecuentaba la casa donde residían entre una o dos veces a la semana, que todo el tiempo vivieron juntos, que quien contribuía económicamente era el causante y la actora se dedicaba al hogar y a cuidar a los hijos; que durante la enfermedad del señor Humberto Fandiño Guerrero era la actora quien le dispensaba el cuidado y

estaba pendiente de él; que el trato como pareja era normal, muy respetuosos por los hijos y que solo vivían de la pensión. En cuanto a Martha Elisa Fandiño Sierra refirió que nunca se separaron, que dependía el uno del otro, es decir, la actora al pendiente del hogar y el causante con lo económico.

A juicio de la Sala tales dichos fueron espontáneos y no se aprecian contradicciones, por ello, al aplicarse los criterios de la sana crítica en racional y libre persuasión en términos del artículo 61 del CPT y de la SS, se extrae que con el acervo probatorio recaudado se probó que LILIA SIERRA tenía sociedad conyugal vigente con el causante al momento el óbito, y convivió con aquel por espacio superior a los 5 años en cualquier tiempo, y también 5 años anteriores al deceso.

Visto lo anterior, le asiste el derecho a la pensión de sobrevivientes, en los términos del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, a partir del 11 de noviembre de 2018, sobre el 100% de la prestación económica que percibía Humberto Fandiño Guerrero (Q.E.P.D) para el momento de su fallecimiento, esto es, \$781.242.

En cuanto a la excepción de prescripción, tenemos que ninguna de las mesadas reconocidas se encuentra afectada a tal fenómeno jurídico, dado que las mesadas se causaron a partir del 11 de noviembre de 2018, y que la demandante solicitó el reconocimiento pensional a la entidad el 24 de enero de 2019, no solo interrumpiendo sino suspendiendo el término prescriptivo hasta que la entidad surtiera la actuación administrativa correspondiente (C-0792 de 2006), lo cual ocurrió el 7 de febrero de 2019 con la expedición del oficio No 2-2019-003685, notificada el 08 de febrero de 2019 (fol. 7), siendo incoada la presente acción judicial el 22 de marzo de 2019 (fol. 47), vale decir, sin que transcurriera el término legal de 3 años entre tales calendas, conforme lo dispuesto en los artículos 488 del C.S.T y 151 del C.P.T y de la S.S.

Consecuente con lo expuesto, con arreglo a lo previsto en el artículo 283 del CGP la condena se extenderá hasta la fecha en que se profiera la sentencia de segunda instancia, y una vez realizados los cálculos matemáticos del caso por la Sala, se obtiene un valor de **\$36.842.446**, correspondiente a las mesadas causadas entre 11 de noviembre de 2018 y el 30 de noviembre de 2021, y a partir del 1º de diciembre de 2021 el Ministerio de Hacienda y Crédito Público deberá cancelar a la actora una mesada pensional equivalente al SMMLV, la cual se incrementará anualmente conforme el reajuste que fije o acoja el Gobierno Nacional, y que se pagará por 14 mesadas pensionales, según lo preceptuado en el Acto Legislativo 01 de 2005, dado que la pensión sanción que venía recibiendo el señor Humberto Fandiño Guerrero (Q.E.P.D), fue causada con anterioridad al 31 de julio de 2011.

RETROACTIVO PENSIONAL				
Año	IPC	# mesadas	Valor pensión (mínimo)	Total Retroactivo (mínimo)
2018	3,18%	2,63333333	\$ 781.242	\$ 2.057.271
2019	3,80%	14	\$ 828.116	\$ 11.593.624
2020	1,61%	14	\$ 877.803	\$ 12.289.242
2021		12	\$ 908.526	\$ 10.902.312
<b>TOTAL</b>				<b>\$ 36.842.449</b>

## Descuentos al sistema general de seguridad social en salud

Para resolver de tajo la alzada propuesta por la parte actora, esta Sala se aviene a los postulados que sobre el tema ha decantado la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, como en sentencia SL2447-2021, en la que se dejó dicho:

*"En cuanto al tema abordado en el cargo, la Sala ha sostenido reiteradamente que, por ministerio de la ley, las entidades pagadoras de pensiones se encuentran en la obligación de descontar la cotización correspondiente al sistema de seguridad social en salud y transferirla a la EPS o entidad a la cual esté afiliado el pensionado, de conformidad con lo estatuido en los artículos 143 de la Ley 100 de 1993 y 42 del Decreto 692 de 1994. (Ver CSJ SL4649-2018 y SL2234-2019, entre otras).*

*En efecto, dijo la Corte que, dado que la cotización destinada a financiar el sistema de seguridad social en salud está a cargo de los pensionados, en su totalidad, **desde el momento en el que adquieren esa calidad**, y que efectuar las correspondientes deducciones sobre la mesada, para tales efectos, representa una de las obligaciones típicas de cada fondo de pensiones, **que opera por mandato legal insoslayable**, resulta forzoso concluir que no es necesaria alguna declaración judicial tendiente a reconocer ese deber o a imponerlo, como se venía concibiendo en anteriores oportunidades". (Negrilla fuera del texto)*

En ese sentido, se autoriza al Ministerio de Hacienda y Crédito Público para que descuenta del retroactivo pensional, las cotizaciones que por mandato legal deben realizarse con destino al sistema de seguridad social en salud.

## INTERESES MORATORIOS

Al respecto, valga traer a colación la doctrina constitucional replicada por la H. Corte Constitucional en múltiples sentencias de tutela y unificadas, como en la sentencia SU-230 de 2015, en la que reiteró que desde la Sentencia C-601 de 2000 se: "*fijó el alcance y contenido en la interpretación del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, estableciendo que los mismos proceden para todo tipo de pensión, sin importar la ley o el régimen mediante los cuales se causaron*", y más recientemente en la sentencia SU-065 de 2018, adoctrinó que: "*están obligadas a reconocer el pago de intereses por mora a los pensionados a quienes se les ha reconocido su derecho prestacional en virtud de un mandato legal, convencional o particular. Inclusive, ello sucede con independencia de que su derecho haya sido reconocido con fundamento en la Ley 100 de 1993 o una ley o régimen anterior, por lo que la moratoria se causa por el solo hecho de la cancelación tardía de las mesadas pensionales, en aplicación del artículo 53 Superior.*"

Igualmente, en la sentencia SL1681-2020, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, modificó la postura sobre la procedencia de los intereses moratorios, e indicó que:

*"(ii) El artículo 141 de la Ley 100 de 1993 tuvo el propósito de superar las viejas discusiones doctrinales y jurisprudenciales frente a la manera de resarcir*

*los perjuicios ocasionados por la mora en el pago de las pensiones. Por consiguiente, estamos frente a una regulación unificadora, **aplicable a todo tipo de pensiones sin importar su origen legal**". (Negrilla fuera del texto)*

Frente a su causación, ha establecido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que: "*se causan a partir del plazo máximos de 2 meses a que se refiere el artículo 1º de la ley 717 de 2001*", y que "*de forma excepcionalísima y particular, (...) la imposición de los intereses moratorios no opera cuando la decisión de negar la pensión tiene un respaldo normativo o porque proviene de la aplicación minuciosa de ley*" (CSJ SL787-2013), o en el caso de la pensión de sobrevivientes cuando la negativa de reconocer la pensión reclamada se sustenta en que el asegurado o pensionado no dejó satisfechos los requisitos que prevé la normativa aplicable (Sentencia SL14918-2016, radicado 52073), así como también "*cuando existan razones atendibles al amparo del ordenamiento jurídico vigente al caso decidido, o por aplicación de reglas jurisprudenciales*" (SL1019/21)

Descendiendo al caso objeto de estudio, ninguna de las excepciones antes descritas se configura, ya que se aprecia de manera meridiana la equivocada postura del Ministerio de Hacienda y Crédito Público en querer desligarse de su obligación haciendo alusión a los trámites de una eventual conmutación pensional, situación que no puede condicionar el oportuno disfrute del derecho pensional a favor de la actora, pues se trata de trámites administrativos y el beneficiario no tiene por qué soportar las consecuencias adversas de no materializarse prontamente, por ello, yergue palmariamente la prosperidad de los condignos intereses de mora del artículo 141 de la ley 100 de 1993.

En el caso de autos, tal derecho efectivamente se debe reconocer dentro del término señalado en el artículo 1º de la ley 717 de 2001, dos meses como periodo de gracia, contados a partir de radicada la solicitud; en el sub judice, se presentó la solicitud el 24 de enero de 2019 (fl. 6), por lo que la entidad tenía hasta el 24 de marzo de 2019 para reconocer y pagar la pensión de sobrevivientes en debida forma, pero como ello no sucedió, hay lugar al reconocimiento de los intereses moratorios a partir del 25 de marzo de 2019.

## **COSTAS**

Sin costas de segunda instancia por no haberse causado, pues ambas partes fueron recurrentes y a ninguna le prosperó el recurso. Las de primera se confirman.

## **DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

## **RESUELVE**

**PRIMERO.: MODIFICAR** el numeral **TERCERO y CUARTO** de la sentencia proferida el 08 de septiembre de 2021 por el Juzgado Segundo Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá, el cual quedarán de la siguiente forma:

**"TERCERO: CONDENAR** a la NACIÓN- MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO a pagar a la señora LILIA SIERRA, como retroactivo

*pensional causado desde el 11 de noviembre de 2018 hasta el 30 de noviembre de 2021, la suma de **\$36.842.449**. A partir del 1º de diciembre de 2021, la demandada deberá pagar a la señora LILIA SIERRA, una pensión de sobrevivientes equivalente al salario mínimo mensual legal vigente, que se incrementará anualmente, de conformidad con el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, sin perjuicio de la mesada adicional de junio y diciembre. Se autoriza a NACIÓN- MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO a realizar los descuentos para el sistema general de seguridad social en salud.*

**CUARTO: CONDENAR** a la NACIÓN- MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, a reconocer los intereses moratorios del artículo 141 de la ley 100 de 1993, desde el 25 de marzo de 2019, sobre las mesadas causadas desde el 11 de noviembre de 2018, y que componen el retroactivo aquí generado, sin perjuicio de las mesadas que se sigan generando, intereses que correrán hasta la fecha del pago efectivo de la obligación”.

**SEGUNDO: CONFIRMAR** en lo demás, la sentencia venida en apelación y consulta.

**TERCERO: SIN COSTAS** en esta instancia. Las de primera se confirman.

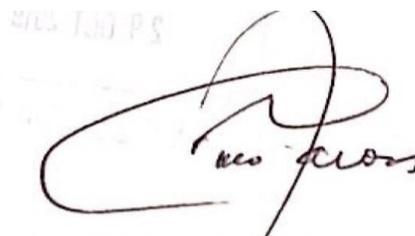
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**  
Magistrada



**EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS**  
Magistrado



**LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR**  
Magistrado

*-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-*



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.  
SALA LABORAL

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

**PROCESO:** **ORDINARIO LABORAL**  
**DEMANDANTE:** **EVELIN AURORA RODRIGUEZ GOMEZ**  
**DEMANDADO:** **COLPENSIONES y OTRO**  
**RADICACIÓN:** **110013105-029-2019-00277-01**  
**ASUNTO:** **APELACIÓN Y CONSULTA**  
**TEMA:** **PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES – HIJO DE PENSIONADO.**

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintiuno (2021)

Teniendo en cuenta que el Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 "Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica", se procede a proferir la siguiente,

### **AUTO**

En atención al memorial allegado mediante correo electrónico, se reconoce personería para actuar a la Dra. ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES, identificada en legal forma, como apoderada sustituta de COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido.

### **SENTENCIA** **ANTECEDENTES RELEVANTES**

**1. Demanda.** La señora Evelin Aurora Rodríguez, a través de mandataria judicial, y representada por James Alexander Rodríguez Gómez, instauró demanda laboral en contra de COLPENSIONES y SANTOS SANCHEZ, con el fin de que se declare que le asiste derecho a percibir la pensión de sobrevivientes en calidad de hijo de la causante, señora BLANCA AURORA GOMEZ ARIAS (q.e.p.d), a partir del 14 de septiembre de 2014, el retroactivo, los intereses moratorios, y las costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que el 15 de septiembre de 2014 falleció la asegurada Blanca Aurora Gómez Arias, quien se encontraba cotizando para COLPENSIONES; que mediante sentencia del 17 de febrero de 2016 el Juzgado de Familia de Funza decretó la interdicción judicial por discapacidad mental de Evelin Aurora Rodríguez Gómez, quien ostenta la calidad de hija de la causante; elevó petición de reconocimiento pensional, pero le fue negada a través de resolución SUB18820 del 6 de septiembre de 2017, ante lo cual presentó recurso de reposición y en subsidio apelación, mismos que fueron resueltos negativamente a través de resolución SUB220412 del 10 de octubre de 2017 y resolución DIR19288 del 31 de octubre de 2017, bajo el argumento de que no se hizo presente en el trámite pensional seguido por el compañero permanente de la afiliada fallecida cuando se publicaron los edictos de rigor; que mediante resolución SUB53193 del 5 de mayo de 2017, Colpensiones

concedió la pensión de sobrevivientes en calidad de compañero permanente a Santos Sánchez; que la actora dependía económicamente de su progenitora, con lo cual tiene derecho al 50% de la pensión de sobrevivientes en calidad de hija minusválida (Fols. 39 a 45, y 49 a 54)

**2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.** Fue notificada en debida forma (Fol. 59 y 60); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

### **3. Contestaciones:**

**3.1 COLPENSIONES:** Se opone a todas las pretensiones invocadas con sustento en que mediante resolución SUB53193 del 5 de mayo de 2017 reconoció la pensión de sobrevivientes al señor Sánchez Santos en calidad de compañero y en un 100% desde el 15 de septiembre de 2014, ello debido a que realizó la publicación del edicto el 9 de marzo de 2017 y no se presentó ningún otro beneficiario de la causante, aspectos que llevan a desestimar las pretensiones de la actora. Como excepciones de mérito rotuló las de inexistencia del derecho y de la obligación por falta de causa y título para pedir, cobro de lo no debido, buena fe, declaratoria de otras excepciones, y prescripción (Fols. 61 a 64).

**3.2 SANTOS SANCHEZ:** Contestó la demanda a través de curado ad litem, quien se opone a las pretensiones de la demanda, ateniéndose a lo que se pruebe dentro del proceso. Como excepciones de mérito rotuló la inexistencia de las obligaciones demandadas, cobro de lo no debido, buena fe, la genérica y prescripción (Fols. 131 a 134).

**4. Fallo de Primera Instancia.** Terminó la instancia con sentencia del 15 de septiembre de 2021, mediante la cual el Juzgado declaró que la señora EVELIN AURORA RODRIGUEZ GÓMEZ, quien actúa a través de su curador, JAMES ALEXANDER RODRIGUEZ GOMEZ, le asiste derecho a que COLPENSIONES le reconozca y pague la pensión de sobrevivientes de la causante BLANCA AURORA GOMEZ ARIAS; condenó a COLPENSIONES a redistribuir el porcentaje pensional recibido por SANTOS SANCHEZ de la siguiente manera: 50% del total de la mesada para SANCHEZ SANTOS y 50% para Evelin Aurora Rodríguez Gómez; condenó a COLPENSIONES a reconocer y pagar a la demandante EVELIN AURORA RODRIGUEZ GÓMEZ el valor de \$37.556.642 por concepto de retroactivo por las mesadas pensionales causadas desde el 15 de septiembre de 2014 hasta el 31 de agosto de 2021; condenó a pagar los intereses moratorios a partir del 6 de septiembre de 2017 y hasta cuando se verifique el pago de la obligación; declaro no probadas las excepciones propuestas. Finalmente impuso costas a cargo de COLPENSIONES (fls. 156 y 159 con CD de la audiencia).

Empezó por señalar que el problema jurídico consistía en establecer si le asiste derecho a la demandante al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes que dejara causada su progenitora.

Para ello consideró que la norma aplicable en tratándose de la pensión de sobrevivientes es la vigente al momento del fallecimiento, y como quiera que la señora Blanca Aurora Gómez Arias falleció el 15 de septiembre de 2014, para hacerse beneficiaria la actora a la prestación debe cumplir los presupuestos de que trata los artículos 12 y 13 de la ley 797 de 2003.

Señaló que estaba por fuera de discusión lo concerniente a que la señora Blanca Aurora Gómez Arias haya dejado o no causada la prestación a sus eventuales beneficiarios, dado que COLPENSIONES mediante resolución SUB53193 del 5 de mayo de 2017

reconoció la pensión de sobrevivientes al señor SANTOS SANCHEZ en calidad de compañero permanente, razón por la cual, procedía a verificar si la actora en calidad de hija con discapacidad acredita los presupuestos para el reconocimiento pensional, esto es, su condición de hija invalida y la dependencia económica respecto de la causante.

En cuanto a la calidad de hija invalida, lo dio por acreditado con el registro civil de nacimiento y con el dictamen de PCL, que establece que cuenta con un 80% de PCL, estructurada desde 26 de julio de 1985; en lo que refiere a la dependencia económica adujo que la misma se encontraba acreditada no solo con el dictamen de PCL en el que se determina que tiene una pérdida de capacidad profunda y severa, en la que no puede valerse por sí misma, sino también conforme a lo expuesto en la sentencia de interdicción, esto es, que su dependencia es desde el nacimiento, estando siempre al cuidado de su progenitora y luego del fallecimiento de esta, a cargo de su hermano hoy tutor.

Indicó que la postura de COLPENSIONES al negar el reconocimiento pensional basado en que no acudió a reclamar la pensión en el lapso de publicación del edicto es equivocado, ya que desconoce los principios de imprescriptibilidad e irrenunciabilidad del derecho a la seguridad social.

Que una vez acreditados los presupuestos para el reconocimiento, lo procedente era otorgar la prestación, redistribuyendo la mesada pensional que se le viene reconociendo al señor Santos Sánchez en calidad de compañero permanente, para lo cual, de conformidad con el artículo 8 del Decreto 1889 de 1994 le corresponde un 50% al compañero permanente y el otro 50% a la hija en condición de invalidez. En ese orden, como la mesada pensional para el año 2014 ascendía a \$696.178, por concepto de pensión de sobrevivientes le corresponde a la actora el valor de \$37.556.642 como retroactivo por las mesadas del 15 de septiembre de 2014 hasta el 31 de agosto de 2021.

En relación con la pretensión de intereses moratorios, dio procedencia a los mismos con fundamento en que COLPENSIONES una vez la actora solicitó la prestación no procedió a suspender la prestación que le venía reconociendo al señor SANTOS SANCHEZ, y además negó la prestación con un argumento reprochable al considerar que no se había presentado a reclamar en el lapso que publicó el edicto. Así las cosas, como la entidad tenía dos meses para reconocer y pagar la pensión, dado que se solicitó la pensión el 6 de julio de 2017, los intereses corren a partir del 6 de julio de 2017.

Finalmente, en cuanto a la prescripción señaló que la prestación se causó el 15 de agosto de 2014, interrumpiendo la prescripción con la reclamación del 6 de julio de 2017, presentando la demanda el 26 de abril de 2019, con lo cual, no transcurrió el término trienal y por ende, no prosperó la excepción de prescripción.

**5. Impugnación y límites del ad quem.** La alzada fue presentada por **COLPENSIONES**, quien refiere no estar de acuerdo con la condena por intereses moratorios y costas procesales. En cuanto a los intereses moratorios dijo que los mismos son procedentes ante el retardo de mesadas pensionales y en el presente asunto la prestación está en discusión y solo se reconoció a través del proceso judicial, en relación con las costas adujo que la entidad siempre ha actuado de buena fe y con apego a los lineamientos legales, además que no tenía motivo para retirar la mesada pensional al señor Santos Sánchez.

## 6. Alegatos de conclusión.

**6.1 Colpensiones.** Solicita se absuelva a la entidad demandada, ya que aquella reconoció la pensión de sobrevivientes a quien se acercó a reclamar en el término fijado en edicto, sin que el aquí demandante se haya acercado a reclamar en su debido tiempo.

**6.2 Demandante.** Solicita que se confirme la decisión de instancia, ya que en efecto le asiste derecho a la parte actora al reconocimiento pensional, e igualmente a los intereses moratorios por el retardo injustificado en el reconocimiento de la pensión instada.

## 7. CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por las partes se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS, que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por los recurrentes y se estudiará en consulta a favor de COLPENSIONES en lo que no haya apelado y le sea desfavorable.

Los **problemas jurídicos** que centran la atención de la Sala consisten en establecer: (i) ¿Le asiste derecho a la señora EVELIN AURORA RODRIGUEZ GÓMEZ al acrecimiento de la pensión de sobrevivientes en el 50% adicional que viene disfrutando el señor SANTOS SANCHEZ? (ii) ¿Es ajustada a derecho la condena por intereses moratorios impuesta?

Preliminarmente, previo a resolver de fondo el asunto, viene a propósito colegir que, cuando hay discusión de beneficiarios se recurre a la figura del intervención *ad excludendum*, pero en el sub examine, nos encontramos en una de las dos excepciones que ha consolidado la jurisprudencia (SL16855 de 2015), esto es, que se debe vincular al afiliado que viene percibiendo la prestación como litisconsorcio necesario, ello en la medida en que, como lo dice la Corte "**no sería razonable ni jurídico**", que la decisión judicial le revoque o modifique una situación consolidada por la vía administrativa, revisable a través de la vía judicial, pues ello atentaría contra el derecho de defensa y contradicción, por manera que, una vez revisado el cartulario, constata la Sala que al proponerse la discusión del porcentaje pensional por parte de la demandante, en razón a que el señor Sánchez Santos está disfrutando del 100% de la pensión de sobrevivientes, su vinculación al proceso debe hacerse como litisconsorte necesario, lo que en efecto acontece en el presente proceso, a pesar de que en el auto del 29 de agosto de 2019 (Fol. 69) se enuncie la vinculación como "tercero ad excludendum", pues dejando de lado tal imprecisión, se le dio trámite a la vinculación como litisconsorcio necesario, no solo porque el mismo auto ordenó correrle traslado de la demanda para que presente contestación, sino también porque ante su no comparecencia se procedió a su emplazamiento (Fol. 121) con la advertencia de habersele nombrado curador ad litem (Fols. 121), mismo que procedió a tomar posesión, contestar la demanda y actuar en las diferentes etapas procesales (Fols. 131 a 134), con lo cual, considera la Sala que desde la óptica procesal ninguna irregularidad se presenta.

### Calidad de Afiliada

No se discute que la señora **BLANCA AURORA GÓMEZ ARIAS** (q.e.p.d.), ostentaba el estatus de afiliada a Colpensiones; hecho que fue aceptado desde la contestación de

la demanda y se corrobora con los diferentes actos administrativos emitidos por la encartada, en la que se constata que cotizó 1.226 semanas (Fol. 5 a 22).

### **Fallecimiento señora Blanca Aurora Gómez Arias**

Tampoco se controvierte que la señora Blanca Aurora Gómez Arias (q.e.p.d.) falleció el 15 de septiembre del 2015, como da cuenta el registro defunción que milita a folio 33.

### **Normatividad aplicable**

La normatividad aplicable para decidir el objeto de la Litis, son los artículos 46 y 47 de la ley 100 de 1993 modificados por el art. 12 y 13 de la Ley 797 del 2003, por ser las normas vigentes al momento del óbito ocurrido en septiembre del 2015. (Criterio expuesto por nuestra CSJ en la sentencia SL 701-2020)

### **Requisitos pensión de sobrevivientes Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 del 2003**

El numeral 2° del art. 46 de la Ley 100 de 1993 modificado por el art. 12 de la Ley 797 del 2003 establece que tienen derecho a la pensión de sobrevivientes los miembros del grupo familiar del afiliado que fallezca, siempre y cuando éste hubiera cotizado 50 semanas dentro de los 3 últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento.

En el presente caso, se probó y no es objeto de discusión que la señora **Blanca Aurora Gómez Arias**, dejó causada la prestación a sus beneficiarios, sin que tenga que verificarse la densidad de semanas en los últimos tres años, pues no de otra manera se constata su cumplimiento al expedirse la resolución SUB53193 del 5 de mayo de 2017, mediante la cual reconoció la pensión de sobrevivientes al señor SANTOS SANCHEZ en calidad de compañero permanente y ante la falta de reclamación del derecho de la aquí demandante en el lapso que se publicó el edicto respectivo.

### **Requisitos de la pensión de sobrevivientes hijo en condición de invalidez con dependencia económica**

Acreditado como está, que la fallecida sí dejó causado el derecho para que sus posibles beneficiarios puedan acceder a la pensión de sobrevivientes, conviene resaltar el contenido del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, atinente a quiénes son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, entre otros, los hijos inválidos si dependían económicamente del causante, y mientras subsistan las condiciones de invalidez.

Siendo importante acotar en este punto, que en efecto de la prueba adosada se logra extraer que se cumplen los anteriores presupuestos.

### **Calidad de hija invalida con dependencia económica**

La calidad de hija de la causante se encuentra acreditado con el registro civil de nacimiento que descansa a folio 34, en la que se constata que Evelin Aurora Rodríguez Gómez, nació el 26 de julio de 1985, registrando como progenitora a la señora Blanca Aurora Gómez Arias. Igualmente, en cuanto a su condición de invalidez, se encuentra satisfecho con el dictamen de pérdida de capacidad laboral No 2017217953MM en la cual se califica a la actora con una PCL del 80%, con fecha de estructuración del 26 de julio de 1985, presentando diagnóstico de *"retraso mental grave; deterioro del*

*comportamiento significativo, que no requiere atención o tratamiento” (Fols. 1 a 5, archivo GRD-DPC-CL-2017\_6962211 Cd folio 73)*

En cuanto a la dependencia económica, se encuentra satisfecho con el mismo dictamen atrás referido en la que se otea que su PCL es congénita, y además que se complementa con lo dicho en la sentencia que declaró su interdicción, en la que se expresa: *"desde su nacimiento EVELIN AURORA RODRIGUEZ GÓMEZ sufre de discapacidad mental a causa de un trastorno mental severo, sin aparente discapacidad física y siempre ha estado bajo la custodia y cuidados personales de su progenitora y luego de su fallecimiento, de su hermano JAMES"* (Fol. 27)

Respecto de este tema, es preciso connotar que llama poderosamente la atención de la Sala la actitud asumida por COLPENSIONES al negar el reconocimiento pensional en la resolución SUB188420 del 6 de septiembre de 2017 (Fol. 5 a 10), resolución SUB220412 del 10 de octubre de 2017 (Fol. 12 a 16) y resolución SUB220412 del 10 de octubre de 2017 (Fol. 18 a 22), pues no es de recibo que solo por el hecho de que no se haya presentado la actora a reclamar en el término de los 30 días que publicó el edicto, le haga perder su derecho irrenunciable e imprescriptible, con el agravante de tratarse de una persona con debilidad manifiesta, pues lo procedente era que COLPENSIONES hubiera definido de manera sustancial el derecho reclamado con la suspensión del porcentaje correspondiente que le venía reconociendo al señor Sánchez Santos, pero no procedió de conformidad,

Desde ningún punto de vista la Sala se puede compaginar con los argumentos expuestos en la defensa por parte de COLPENSIONES, ya que desconoció que la reclamante es un sujeto de especial protección constitucional, y contra toda evidencia resolvió negar la prestación con una posición que de ninguna manera puede considerarse apegada a la ley como lo aduce el apoderado judicial en la alzada, al contrario se desconoció lo dispuesto en los artículo 34 del Decreto 758 de 1990 y el artículo 6 de la Ley 1204 de 2008 que habilitan a la entidad de seguridad social suspender la prestación o el porcentaje correspondiente cuando se presente conflicto de beneficiarios.

Así las cosas, sin más miramientos lo procedente es otorgar el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a la señora Evelin Aurora Rodríguez Gómez, causada tras el deceso de su progenitora Blanca Aurora Gómez Arias, y en consecuencia, dado que mediante resolución SUB53193 del 5 de mayo de 2017 se reconoció el 100% de la pensión de sobrevivientes a favor del señor SANCHEZ SANTOS, pagadera desde el 15 de septiembre de 2014, lo procedente, de conformidad con el artículo 8 del Decreto 1889 de 1994 es redistribuir la mesada pensional en un 50% para la señora Evelin Aurora Rodríguez Gómez en calidad de hija invalida con dependencia económica de la causante, y el restante 50 % para el señor SANCHEZ SANTOS en calidad de compañero permanente.

En lo atinente a la fecha a partir de la cual habrá de ordenarse el reconocimiento pensional, atendiendo a la particularidad de que el otro beneficiario viene percibiendo el 100% de la prestación desde el 15 de septiembre de 2014, fecha en la que falleció Blanca Aurora Gómez Arias, será a partir de tal calenda que se proceda a reconocer la prestación a la demandante, puesto que como quedó dicho en líneas anteriores, no es de recibo el argumento que tuvo COLPENSIONES para negar el reconocimiento pensional, y si bien es cierto la demandante a través de su curador solo reclamó la prestación hasta el 7 de julio de 2017 (Fol. 5) con el lleno de los requisitos legales, debe tenerse en cuenta que estamos frente a un derecho de carácter irrenunciable e imprescriptible y además se trata de una persona declarada en interdicción (SL10641-

2014), razón por la cual, el reconocimiento debe proceder desde la fecha de fallecimiento de la causante.

Debe hacerse notar que en el presente asunto una vez se elevó la reclamación del derecho debía COLPENSIONES suspender el pago del porcentaje correspondiente al 50% de la mesada pensional a quien se la venía reconociendo (compañero permanente), al presentarse un conflicto de beneficiarios en los términos estrictos del art. 34 del Decreto 758 de 1990 y el art. 6 de la Ley 1204 de 2008, y si bien, ante la ausencia de reclamación por parte de la actora en el lapso que COLPENSIONES publicó el edicto, que fue la razón para que la entidad de seguridad social haya otorgado el 100% al único beneficiario que se presentó en ese momento, no lo es menos que ello no tiene el alcance para desconocer el derecho que le asiste a la actora a su reconocimiento pensional desde el momento de fallecimiento de su progenitora, quedando habilitada COLPENSIONES para perseguir los dineros que hubiere abonado al beneficiario sin derecho a todo el porcentaje, tal y como lo ha establecido la Sala de Casación Laboral de la H. CSJ en sentencia SL4099 de 22 de marzo de 2017.

Frente al monto pensional, le corresponde a la actora el 50% de la prestación que se reconoció a través de la resolución SUB53193 del 5 de mayo de 2017, esto es, el valor de \$348.089 ya que la mesada total ascendía a \$696.178. Con arreglo a lo previsto en el artículo 283 del CGP la condena se extenderá hasta la fecha en que se profiera la sentencia de segunda instancia, por lo que una vez realizados los cálculos matemáticos del caso por la Sala, se obtiene un valor de **\$38.743.924** correspondiente a las mesadas causadas entre 15 de septiembre de 2014 y el 30 de noviembre de 2021, y a partir del 1º de diciembre de 2021 COLPENSIONES deberá cancelar a la actora una mesada pensional equivalente a \$461.498, la cual se incrementará anualmente conforme el reajuste que fije o acoja el Gobierno Nacional, y que se pagará por 13 mesadas pensionales, según lo preceptuado en el Acto Legislativo 01 de 2005, dado que la pensión se causó con posterioridad al 31 de julio de 2011.

REAJUSTE PENSIONAL				
Año	IPC	Valor reconocido	# mesadas	Total retroactivo
2014	3,66%	\$ 348.089	4,5	\$ 1.566.401
2015	6,77%	\$ 360.829	13	\$ 4.690.778
2016	5,75%	\$ 385.257	13	\$ 5.008.343
2017	4,09%	\$ 407.409	13	\$ 5.296.323
2018	3,18%	\$ 424.073	13	\$ 5.512.943
2019	3,80%	\$ 437.558	13	\$ 5.688.254
2020	1,61%	\$ 454.185	13	\$ 5.904.408
2021		\$ 461.498	11	\$ 5.076.474
<b>TOTAL</b>				<b>\$ 38.743.924</b>

Se autoriza igualmente a COLPENSIONES para que descuente del retroactivo pensional, las cotizaciones que por mandato legal deben realizarse con destino al sistema de seguridad social en salud, de conformidad con los lineamientos trazados por la H. Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Laboral-, en sentencia del 6 de marzo de 2012, Radicado 47528, M.P. Rigoberto Echeverry Bueno.

En cuanto a la excepción de prescripción, tenemos que en tratándose de personas en interdicción la misma se encuentra suspendida de conformidad con el artículo 2530 del Código Civil (SL10641-2014).

## INTERESES MORATORIOS

Al respecto, valga traer a colación la doctrina constitucional replicada por la H. Corte Constitucional en múltiples sentencias de tutela y unificadas, como en la sentencia SU-230 de 2015, en la que reiteró que desde la Sentencia C-601 de 2000 se: *"fijó el alcance y contenido en la interpretación del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, estableciendo que los mismos proceden para todo tipo de pensión, sin importar la ley o el régimen mediante los cuales se causaron"*, y más recientemente en la sentencia SU-065 de 2018, adoctrino que: *"están obligadas a reconocer el pago de intereses por mora a los pensionados a quienes se les ha reconocido su derecho prestacional en virtud de un mandato legal, convencional o particular. Inclusive, ello sucede con independencia de que su derecho haya sido reconocido con fundamento en la Ley 100 de 1993 o una ley o régimen anterior, por lo que la moratoria se causa por el solo hecho de la cancelación tardía de las mesadas pensionales, en aplicación del artículo 53 Superior."*

Igualmente, en la sentencia SL1681-2020, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, modificó la postura sobre la procedencia de los intereses moratorios, e indicó que:

*"(ii) El artículo 141 de la Ley 100 de 1993 tuvo el propósito de superar las viejas discusiones doctrinales y jurisprudenciales frente a la manera de resarcir los perjuicios ocasionados por la mora en el pago de las pensiones. Por consiguiente, estamos frente a una regulación unificadora, **aplicable a todo tipo de pensiones sin importar su origen legal**". (Negrilla fuera del texto)*

Frente a su causación, ha establecido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que: *"se causan a partir del plazo máximos de 2 meses a que se refiere el artículo 1º de la ley 717 de 2001"*, y que *"de forma excepcionalísima y particular, (...) la imposición de los intereses moratorios no opera cuando la decisión de negar la pensión tiene un respaldo normativo o porque proviene de la aplicación minuciosa de ley"* (CSJ SL787-2013), o en el caso de la pensión de sobrevivientes cuando la negativa de reconocer la pensión reclamada se sustenta en que el asegurado o pensionado no dejó satisfechos los requisitos que prevé la normativa aplicable (Sentencia SL14918-2016, radicado 52073), así como también *"cuando existan razones atendibles al amparo del ordenamiento jurídico vigente al caso decidido, o por aplicación de reglas jurisprudenciales"*(SL1019/21)

Descendiendo al caso objeto de estudio, ninguna de las excepciones antes descritas se configura, ya que se aprecia de manera meridiana la equivocada postura de COLPENSIONES al negar la prestación apelando a un argumento que restringe el acceso a la prestación por no haberse petitionado en el lapso que se publicó el edicto, lo que desconoce el derecho irrenunciable a la seguridad social pretendido por la actora, y por ello, yergue palmaria la prosperidad de los condignos intereses de mora del artículo 141 de la ley 100 de 1993.

En el caso de autos, tal derecho efectivamente se debe reconocer dentro del término señalado en el artículo 1º de la ley 717 de 2001, dos meses como periodo de gracia, contados a partir de radicada la solicitud; en el sub judice, se presentó la solicitud el 06 de julio de 2017 (fl. 5), por lo que la entidad tenía hasta el 06 de septiembre de 2017 para reconocer y pagar la pensión de sobrevivientes en debida forma, pero como ello no sucedió, hay lugar al reconocimiento de los intereses moratorios a partir del 07 de septiembre de 2017.

## **COSTAS**

Sin costas de segunda instancia por no haberse causado, pues a pesar de la apelación de COLPENSIONES la sentencia se revisó en su integridad a favor de aquella entidad. Las de primera se confirman, ya que COLPENSIONES fue parte vencida en el proceso, y como quedó dicho en la parte considerativa, su actuación no se apejó a derecho, razón por la cual se queda sin piso el argumento expuesto por COLPENSIONES en la alzada.

## **DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

## **RESUELVE**

**PRIMERO.: MODIFICAR** el numeral **CUARTO y QUINTO** de la sentencia proferida el 15 de septiembre de 2021 por el Juzgado Segundo Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá, el cual quedarán de la siguiente forma:

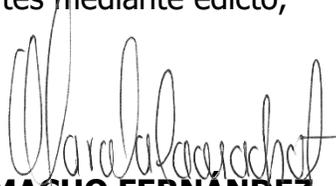
**"CUARTO: CONDENAR** a COLPENSIONES a pagar a la señora EVELIN AURORA RODRIGUEZ GÓMEZ a través de su guardador JAMES ALEXANDER RODRIGUEZ GÓMEZ, como retroactivo pensional causado desde el 15 de septiembre de 2014 hasta el 30 de noviembre de 2021, la suma de **\$38.743.924**. A partir del 1º de diciembre de 2021, la demandada deberá pagar la mesada pensional en cuantía de \$461.498, que se incrementará anualmente, de conformidad con el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, sin perjuicio de la mesada adicional de diciembre Se autoriza a COLPENSIONES a realizar los descuentos para el sistema general de seguridad social en salud.

**QUINTO: CONDENAR** a COLPENSIONES, a reconocer los intereses moratorios del artículo 141 de la ley 100 de 1993, desde el 07 de septiembre de 2017, sobre las mesadas causadas desde el 15 de septiembre de 2014, y que componen el retroactivo aquí generado, sin perjuicio de las mesadas que se sigan generando, intereses que correrán hasta la fecha del pago efectivo de la obligación".

**SEGUNDO: CONFIRMAR** en lo demás, la sentencia venida en apelación y consulta.

**TERCERO: SIN COSTAS** en esta instancia. Las de primera se confirman.

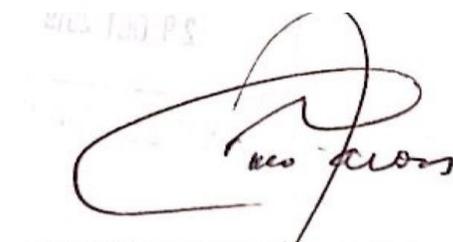
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**  
Magistrada



**EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS**  
Magistrado



**LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR**  
Magistrado

*-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-*



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.  
SALA LABORAL

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

**PROCESO:** ORDINARIO LABORAL  
**DEMANDANTE:** JAIRO TOBON HERNANDEZ  
**DEMANDADO:** COLPENSIONES, Y PROTECCION S.A.  
**RADICACIÓN:** 110013105-015-2019-000455-01  
**ASUNTO:** APELACIÓN Y CONSULTA SENTENCIA  
**TEMA:** INEFICACIA TRASLADO

Bogotá D.C, treinta (30) de noviembre de dos mil veintiuno (2021)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 "*Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica*", se procede a proferir la siguiente,

### AUTO

En atención al memorial allegado mediante correo electrónico, se reconoce personería para actuar a la Dra. ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES, identificada en legal forma, como apoderada sustituta de COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido.

### SENTENCIA ANTECEDENTES RELEVANTES

**1. Demanda.** JAIRO TOBON HERNANDEZ instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A., con el fin de que se declare la ineficacia e inoperancia de los efectos del traslado realizado del RPMPD al RAIS administrado por la AFP Protección S.A.; que como consecuencia de lo anterior se condene a Protección S.A a restituir a Colpensiones los valores obtenidos en virtud de la vinculación del demandante como cotizaciones y bonos pensionales, junto con los rendimientos generados; que se condene a Colpensiones a recibir al demandante como afiliado, así como a recibir los valores obtenidos mientras estuvo vinculado el demandante al RAIS, y a contabilizar para efectos de pensión, las semanas cotizadas, lo ultra y extra petita y las costas y gastos del proceso.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que desde agosto de 1978 hasta el año de 1999 de cotizó al RPMPD; que se trasladó a Protección S.A. en junio de 1999; que la AFP no le brindó asesoría al momento del traslado, además que su monto pensional en el RAIS es inferior a la pensión que recibiría en COLPENSIONES; que solicitó el traslado de régimen sin tener respuesta positiva. (Fols. 3 a 18)

**2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.** Fue notificada en debida forma (fol. 38); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

**3. Contestaciones.**

**3.1 COLPENSIONES.** Contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, señalando que es la AFP la que debe probar en qué circunstancias y pruebas trasladó al demandante de régimen; que se atiene a lo que se logre probar dentro del proceso. Como excepciones de mérito propuso las que denominó prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, la no configuración del derecho al pago de intereses moratorios y, finalmente declaratoria de otras excepciones (Fols. 40 a 43).

**3.2 AFP PROTECCIÓN S.A.:** Mediante auto de fecha 30 de julio de 2021 (Fol. 170) se tuvo por no contestada la demanda por parte de Protección S.A.

**4. Fallo de Primera Instancia.** Terminó la instancia con sentencia del 26 de agosto de 2021, en la que el fallador de primera instancia declaró la ineficacia de la afiliación o traslado efectuado por el demandante del RPMPD al RAIS, y como consecuencia ordenó a Protección S.A. a trasladar los recursos contenidos en la cuenta de ahorro individual a Colpensiones y a esta última que reciba dicha afiliación y acredite como semanas efectivamente cotizadas teniendo en cuenta para todos los efectos como si nunca se hubiese trasladado de régimen, y finalmente se abstuvo de condenar en costas.

La decisión del Juez tuvo sustento en que le es aplicable la sanción del artículo 271 de la ley 100 de 1993 por haberse probado que la afiliación o traslado no cumplía con la libertad y voluntariedad que debe tener el afiliado; que el fondo solo le informó que se pensionaría por un monto superior en el RAIS y la re asesoría brindada al afiliado fue bajo engaño ya que no se le realizó una proyección; que la inversión de la carga de la prueba opera a favor del afiliado y el fondo no demostró el cumplimiento del deber de información; que el asesor debió desincentivar al potencial afiliado de trasladarse de régimen.

En ese orden, declaró la ineficacia del traslado con la orden a PROTECCIÓN S.A. de devolver los recursos o sumas que obren en la cuenta de ahorro individual del afiliado.

**5. Impugnación y límites del ad quem.** La decisión no fue recurrida por las partes procesales, por lo que se envió al tribunal para su revisión en el grado jurisdiccional de consulta.

## **6. Alegatos de conclusión.**

**6.1 Demandante.** Solicita que se confirme la decisión de instancia, dado que no acceder al traslado de régimen sería desconocer la garantía irrenunciable a la seguridad social y el principio de libre escogencia de régimen pensional.

**6.2 Colpensiones.** Manifestó que no es procedente el traslado de régimen pensional, ya que no se observa vicios en el consentimiento al momento del traslado, asimismo, que el demandante recibió por parte de la AFP la información requerida para ese momento; que se encuentra en la prohibición legal de traslado; que la carga de la prueba no puede ser aplicada de manera genérica; que siempre ha actuado de buena fe, por lo que no debe ser condenada en costas.

## **CONSIDERACIONES DE LA SALA**

Se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 69 del CPTSS que consagra el grado jurisdiccional de consulta, siendo la decisión adversa a los intereses de COLPENSIONES.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar el siguiente **problema jurídico principal** ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por el accionante? En caso positivo, se abordarán los siguientes **problemas jurídicos secundarios**: (i) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que el accionante se trasladó de régimen?; (ii) ¿La falta de información se sana por el transcurso del tiempo?; (iii) ¿La AFP privada está obligada a devolver a COLPENSIONES las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos?; (iv) ¿COLPENSIONES debe aceptar el traslado y activar la afiliación del demandante? y (v) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

### **Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado**

Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem, por tanto, resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente entre otras en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

### **Afiliación, cotización y traslado**

Se encuentra demostrado que el señor JAIRO TOBÓN HERNÁNDEZ, se afilió al otrora ISS, hoy COLPENSIONES desde agosto de 1977, con cotizaciones hasta junio de 1999, conforme aparece en la historia laboral (fol.20), y que suscribió formulario de afiliación con la AFP Protección con fecha 01 de julio de 1999 (fol 24), entidad donde se encuentra actualmente, según su historia laboral de cotizaciones.

### **Carga probatoria y deber de información**

Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en la AFP como acertadamente lo manifiesta el fallador de primera instancia, en primer lugar, porque la omisión en torno al deber de información expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P., en segundo lugar, porque la **custodia de la documentación** así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993, y en tercer lugar, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en

este tipo de procesos se enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, ha considerado que son las entidades de seguridad social las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que un afiliado al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a él sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1999- la CSJ ha señalado que las AFP debían hacer una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

Adicionalmente es necesario indicar que, la Sala no desconoce que para el momento en que el demandante se trasladó al RAIS se encontraba vigente el Decreto 692 de 1994 "Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993" en cuyo artículo 11 señala que para adelantar el proceso de vinculación a la AFP se debe diligenciar el **formulario** previsto por la Superintendencia Bancaria y que en el mismo deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo posible que el formulario contenga la leyenda pre-impresa en ese sentido, sin embargo, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia bajo el radicado N.º 31989 del 2008, la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo impone el art. 1603 del C.C.

Señaló además la Corte en la sentencia SL 2324-2019 al reiterar la sentencia bajo el radicado N.º 33.083 del 2011, que por la doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de transparencia, vigilancia y el deber de información; éste último –información- debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Por tanto, la AFP demandada sí estaba en la obligación de proporcionar al demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarlo como potencial afiliado, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarlo de tomar una opción que claramente le perjudica, de manera que conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que a la parte actora se le debió garantizar la debida asesoría al momento de su traslado, a fin de que su decisión estuviera precedida de un consentimiento informado.

Finalmente, es necesario precisar que en el presente caso no es necesario estudiar si el demandante está o no dentro de la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003 la cual no permite que los afiliados se trasladen cuando les falten 10 años o menos para adquirir la edad mínima para pensionarse, ni tampoco si cumple con los requisitos establecidas en la sentencia SU 062 del 2010, como quiera que no nos encontramos frente a una **solicitud de traslado** sino de ineficacia del traslado.

### **Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo**

Se debe indicar que obtener la declaratoria de saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información por el simple paso del tiempo, conforme lo tiene adoctrinado la CSJ entre otras en la sentencia SL 1688-2019, el hecho de que el demandante haya permanecido muchos años en el RAIS, no tiene la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, toda vez que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad, pues como se explicó, el afiliado requiere para tomar decisiones la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato solo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente, pierde su utilidad, lo que equivale a ausencia de información.

### **Aceptación de aportes y activación de la afiliación**

Ahora bien, es necesario precisar, que al quedar sin efecto la afiliación al RAIS del demandante es claro que su vinculación con COLPENSIONES quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de la AFP los aportes efectuados por el accionante a ésta a fin que reposen en la historia laboral de la administradora de pensiones Colpensiones, quien está en la obligación de activarlo en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de **manera íntegra** a COLPENSIONES, declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-).

## **Consecuencias que conlleva la ineficacia del traslado- devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos**

Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adocinado, entre otras, en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros**. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021).

Conforme a ello, es claro que procede la devolución de todos los aportes, cotizaciones, y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración y comisiones por parte de PROTECCIÓN S.A.(durante el tiempo de permanencia del actor en dicha AFP), con destino a COLPENSIONES.

En el sub examine, una vez revisada la decisión de instancia, la misma no congloba de manera expresa los conceptos de gastos de administración y comisiones y, por ende, habrá adicionarse en este ítem.

Siendo necesario acotar que, los **conceptos de la Superintendencia Financiera** no son vinculantes, pues así lo ha aquilatado la CSJ desde vieja data: "*...las <interpretaciones> hechas por la Superintendencia Bancaria, no tienen el carácter de ser judiciales ni vinculan a los jueces* (Radicado 17784 de 2002). Ni tampoco es aplicable al presente caso el art. 113 de la Ley 100 de 1993 como quiera que no nos encontramos frente a un traslado de régimen sino a una solicitud de ineficacia del traslado, por lo que se reitera que esta Sala acoge en su integridad la postura de la CSJ.

Además se debe precisar que, efectivamente en el RPMPD también se hacen descuentos por concepto de **gastos de administración**, sin embargo, esto no las exonera de la obligación de devolver a COLPENSIONES las sumas descontadas por este concepto, ni tampoco pueden pretender que se den restituciones mutuas, como quiera que nuestra CSJ fue clara al señalar que en estos casos, en que se debe declarar la ineficacia del traslado por falta de información, se debe hacer devolución no solo de los rendimientos sino también de las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones, independientemente de que la Ley 100 de 1993 permitiera a los fondos descontar ese valor durante la afiliación.

## **Excepción de prescripción**

Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019. En cuanto a la devolución de los gastos de administración al ser una

consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes del afiliado, la Sala considera que es igualmente imprescriptible.

## **COSTAS**

En segunda instancia no se impondrán costas a cargo de ninguna de las partes por haberse estudiado la decisión en el grado jurisdiccional de consulta.

## **DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

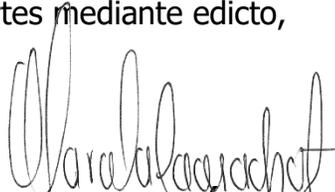
## **RESUELVE**

**PRIMERO: ADICIONAR** al numeral **PRIMERO** de la sentencia proferida el 26 de agosto del 2021, por el Juzgado 15 Laboral del Circuito de Bogotá, la **ORDEN** a la AFP PROTECCIÓN S.A., para que traslade a COLPENSIONES, si aún no lo ha efectuado, además de los conceptos ordenados en el referido numeral, **los gastos de administración** y las **comisiones o sumas adicionales de la aseguradora** de manera íntegra, **los cuales deberá asumir de sus propias utilidades**, sin que haya lugar a deducir alguna comisión o realizar descuentos a las cotizaciones, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

**SEGUNDO: CONFIRMAR** en todo lo demás la sentencia venida en consulta.

**TERCERO: SIN COSTAS** en esta instancia. Las de primera, se confirman.

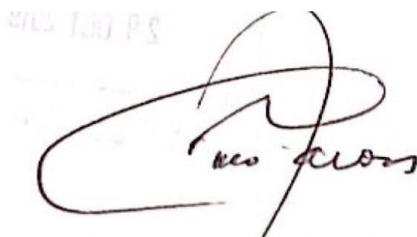
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**  
Magistrada



**EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS**  
Magistrado



**LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR**  
Magistrado