



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

**PROCESO:** *ESPECIAL FUERO SINDICAL*  
**DEMANDANTE:** *INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO – INPEC.*  
**DEMANDADO:** *ROBERT FRANCHESCO PÉREZ ALVARADO*  
**RADICACIÓN:** *110013105-026-2019-00528-02*  
**ASUNTO:** *APELACIÓN SENTENCIA*  
**TEMA:** *PERMISO PARA DESPEDIR-*

Bogotá D.C., veintinueve (29) de abril del dos mil veintidós (2022)

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, 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.** El INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO - INPEC instauró demanda especial de fuero sindical contra ROBERT FRANCHESCO PÉREZ ALVARADO con el fin que se declare que el demandado ostenta la calidad de Vicepresidente de la Junta Directiva Seccional de la Organización Sindical SINALPEC; que se declare que el demandado se desempeña en el cargo de Dragoneante Código 4114 Grado 11 del INPEC; que se declare que el demandado dentro del desarrollo de sus funciones fue retirado del servicio como consecuencia de declarar vacante su cargo por abandono del mismo mediante resolución 01143 del 23 de abril de 2019; que como consecuencia de lo anterior, se ordene el levantamiento del fuero sindical que ostenta el demandado y se conceda permiso para despedir al trabajador demandado, y finalmente, que se condene a la demandada a las costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que el señor ROBERT FRANCHESCO PÉREZ ALVARADO, se encuentra vinculado a la planta global del INPEC en el cargo de Dragoneante Código 4114 Grado 11, y ostenta la calidad de Vicepresidente de la Junta Directiva Seccional de la Organización Sindical Sindicato Nacional de Servidores Públicos del Sistema Penitenciario y Carcelario Subdirectiva Seccional Bogotá- SINALPEC; que mediante resolución No 0011143 del 23 de abril de 2019 se declara vacante el cargo por abandono y se retira del servicio al demandado; que tal como se expresa en la resolución atrás referida, el demandado se ausentó desde el 01 de diciembre de 2018 hasta el 07 de diciembre del mismo año, sin que tuviera incapacidades de origen laboral o común para esas calendas; desde el 01 de diciembre de 2018 el demandado no se acerca a trabajar; que existe

justa causa para proceder a la autorización y hacer efectivo el retiro por vacancia del cargo por abandono.

## **2. Contestaciones**

**2.1 ROBERT FRANCHESCO PÉREZ ALVARADO.** Contestó la demanda, en la que se opuso a las pretensiones de esta, bajo el argumento de que jamás conoció la resolución por medio del cual se declaró vacante el cargo por abandono, además que la entidad demandante debió agotar todos los medios a fin de notificar al disciplinable, y en caso de no encontrarlo debió notificar en contumacia; que el empleado no tuvo la oportunidad de oponerse y contradecir la decisión del empleador, negándole la posibilidad de acudir ante la justicia contencioso administrativa; que el demandado se encuentra viviendo en los Estados Unidos de América, por asuntos de seguridad de su vida y de su familia. Propuso la excepción de mérito la genérica.

**2.2 Sindicato SINALPEC.** En la oportunidad procesal coadyuvó la postura del trabajador demandado, proponiendo la excepción genérica tal como lo hizo el demandado.

**3. Fallo de Primera Instancia.** Terminó la instancia con sentencia del 18 de febrero de 2022, mediante la cual el Juzgado concedió el permiso para despedir solicitado por el INPEC; levantó el fuero sindical de que goza el señor Robert Pérez Alvarado por su condición de miembro de la Junta Directiva de la asociación sindical SINALPEC, gravando en costas al trabajador demandado.

Preliminarmente definió que el problema jurídico consiste en establecer sí es posible declarar o levantar el fuero del que goza el demandado.

En ese sentido, señaló que el Decreto 407 de 1994 en el artículo 48 establece las causales de retiro para los empleados del INPEC, indicando en su literal i) el abandono del cargo, igualmente que el artículo 61 de la misma codificación establece que el abandono del cargo se produce cuando un empleado sin justa causa, no reasume sus funciones al vencimiento de una licencia, permiso, vacaciones, comisión o dentro de los 15 días siguientes al vencimiento de la prestación del servicio militar; asimismo, cuando se deja de concurrir al trabajo por tres días consecutivos; cuando no concurre al trabajo antes de serle concedido autorización para separarse del servicio o en caso de renuncia, antes de vencerse el plazo de 30 días; y finalmente, cuando se abstenga de prestar el servicio antes de que asuma el cargo quien ha de reemplazarlo. Que de la disposición citada también se desprende que una vez comprobado cualquiera de los hechos ya referidos, la autoridad nominadora declara vacancia del cargo previo a los procedimientos legales.

Que en ese orden, la entidad demandante allegó la Resolución No 001143 del 23 de abril de 2019, en la cual se indica que el demandado presentó ausentismo a trabajar desde el 01 de diciembre de 2018 y por lo menos hasta el 7 de diciembre de la misma anualidad, y que, con el fin de cumplir el procedimiento administrativo se dio inicio a la actuación administrativa, otorgándole al demandado diez días para presentar las justificaciones del caso, resolución que fue notificada por aviso, y una vez vencido el término no se presentó excusa alguna por parte del empleado; que se verificó si el servidor se encontraba bajo algún tipo de incapacidad o situación administrativa, pero no se acreditó ninguna de esas circunstancias, razón por la cual se declaró el

abandono del cargo, señalándose que se debía realizarse el correspondiente procedimiento del levantamiento del fuero sindical teniendo en cuenta la calidad que ostenta el demandado en la asociación sindical SINALPEC.

De conformidad con el anterior antecedente, consideró la a quo que se debe demostrar la causa invocada para el levantamiento del fuero sindical, específicamente, acreditar que efectivamente que el demandado no se presentó a trabajar desde el 01 de diciembre de 2018, y para ello señaló que de conformidad con la solicitud de asilo ante el Gobierno de los Estados Unidos de América, se puede establecer que al parecer la última vez que ingresó el demandado a dicho país fue el 07 de febrero de 2018, es decir, para el mes de diciembre de 2018, fecha en la cual se reportó el ausentismo laboral, el actor no se encontraba en el país, sin que se haya reportado tal situación ante su empleador.

Que el demandado señaló que su ausencia del país obedeció a motivos de seguridad por amenazas con ocasión de su labor desarrollada ante las denuncias presentadas contra el USPEC; sin embargo, consideró que tal circunstancia no fue debidamente acreditada, ya que no informó a ninguna autoridad competente, además el presidente del sindicato en su testimonio indicó que en efecto no se reportó.

Que, de haberse presentado amenazas, debía el trabajador reportarlo ante su empleador o la autoridad judicial correspondiente, con el fin de que se tomaran las medidas de seguridad pertinentes o, si la entidad o el empleador no tomara las medidas, aquel pudiera ausentarse de su trabajo sin ningún tipo de inconveniente. Igualmente, que la solicitud de asilo refiere a unas amenazas de unos grupos ilegales; no obstante, las amenazas que hace referencia en la contestación de la demanda y lo dicho por el presidente del sindicato son referentes a denuncias presentadas por contratos celebrados en el USPEC, luego, concluyó que la parte demandante probó la justa causa invocada, y a su vez el trabajador demandado no acreditó la justa causa respecto a su ausentismo laboral.

En cuanto al argumento de que no le fue notificada en debida forma de resolución mediante la cual se declaró vacante del empleo, manifestó que, de las pruebas allegadas se desprende que se notificó por aviso, lo cual no vulnera el debido proceso, máxime cuando el empleado ni siquiera informó a su empleador donde se encontraba residenciado con el fin de intentar una notificación personal, ni tampoco le informó que se había ausentado del país por motivos de seguridad según su dicho.

Conforme con lo anterior, accedió a las pretensiones de la demanda, ordenando el levantamiento del fuero sindical que cobija al actor, concediéndole a la parte demandante el permiso para finalizar el vínculo laboral.

**4. Impugnación y límites del ad quem.** La decisión fue recurrida por la parte demandada quien manifestó que si bien el trabajador se ausentó, hay que verificar los motivos por los cuales aconteció, recalcando que los trabajadores asociados a organizaciones sindicales no gozan de una seguridad específica por parte del Estado, además que la USPEC no está cumpliendo a cabalidad con sus funciones de seguridad y de seguimiento a la protección de la vida de los funcionarios; que el trabajador se ausentó, no de manera emotiva ni de una manera falaz, simplemente lo hizo por asegurar su vida y la de su familia; que el INPEC tiene dentro de sus funciones, además de custodia y vigilancia, también servicios en oficinas de entrenamiento y desarrollo, oficinas logísticas, oficinas de reseñas, oficinas de copias y archivos donde

el cuerpo de custodia y vigilancia cumple funciones, oficinas donde podría desarrollar su labor en cualquier parte del mundo; que si bien es cierto se ausentó, el INPEC hubiera podido ubicar al empleado en un trabajo o actividad administrativa por medio del computador; que la Juez, conforme al artículo 281 del CGP, no le respondió a cabalidad, ni hizo una debida fundamentación ni sustentación de la sentencia, ya que no dio explicación a todos y cada uno de los tópicos que se pidieron, tanto en la contestación de la demanda, en la demanda y alegatos de conclusión; que no realizó ninguna consideración respecto al Decreto 806 del año 2020, el cual permite al funcionario que, una vez terminada y superada la emergencia sanitaria, podría ingresar al servicio penitenciario de vigilancia si se daban las condiciones; que el empleado no se ausentó de manera abrupta, irresponsable y emotiva del cargo; que dentro de las probanzas allegadas al proceso se verificó la existencia de unos hechos donde se verifican las sanciones que tuvo la ex directora de la USPEC, el proceso penal que se adelantó en su contra y la sanción que se hizo acreedora la directora del USPEC, documentos de los cuales no se manifestó nada por la Juez; que el despacho sólo se ocupó en tres renglones de decir que sí existía la fundamentación para retirar al demandado, pero no se ciñó a lo establecido en el artículo 281 del CGP; que debe revocarse la sentencia y en su lugar, permitir que el demandado ingrese a su cargo del cuerpo de custodia y vigilancia de INPEC en las condiciones que se establezcan por parte de la dirección del INPEC, verificando que cumpla funciones en el mismo cargo o la convocatoria a un curso para un cargo superior; que uno de los testigos falleció y era él quien tenía algunos documentos, pero lo que manifestó el testigo presidente del sindicato es la verdad verdadera.

## **5. CONSIDERACIONES DE LA SALA**

El recurso de apelación interpuesto por la parte demandada se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 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.

Los **problemas jurídicos** que centran la atención de la Sala consisten en establecer: (i) ¿Es ajustada a derecho la orden de levantamiento del fuero sindical con el consecuente permiso para finalizar la relación laboral del demandado?, para lo cual se abordará sí (ii) ¿Se acreditó el abandono del cargo o por el contrario, el trabajador justificó su ausencia en el desempeño de sus labores desde el 01 de diciembre de 2018 hasta el 07 de diciembre del mismo año?

### **Fuero sindical**

Sea lo primero señalar que en torno de los siguientes supuestos fácticos no hay objeto de controversia: **i)** Que el señor ROBERT FRANCHESCO PÉREZ ALVARADO es titular del empleo de Dragoneante Código 4114, Grado 11 en la Planta Global del INPEC, adscrito al Grupo Contable de la Dirección de Gestión Corporativa (Fols. 21); **ii)** que ostenta la calidad de Vicepresidente de la organización sindical SINDICATO NACIONAL DE SERVIDORES PÚBLICOS DEL SISTEMA PENITENCIARIO Y CARCELARIO SUBDIRECTIVA SECCIONAL BOGOTÁ – SINALPEC SECCIONAL BOGOTÁ, cuya junta directiva fue depositada el 29 de mayo de 2019 (Fol. 38 y 39); **iii)** que mediante Resolución No 001143 del 23 de abril de 2019, se declaró vacante por abandono del cargo de la cual es titular el señor ROBERT FRANCHESCO PÉREZ ALVARADO, por no concurrir a laborar sin justificación desde el 1 de diciembre de 2018 hasta la fecha de "suscripción del informe" (Fols. 41 a 43).

Importa memorar que el artículo 39 de la Constitución Política consagra la garantía fundamental del fuero sindical como una paladina expresión de la libertad de asociación establecida en el artículo 38 superior, de la cual gozan los representantes de los sindicatos para el cumplimiento de su gestión, protección especial que también ha sido reconocida por el Pacto Internacional de Derechos Económicos y Sociales, y por los Convenios 87 y 98 de la OIT.

De otra parte, el artículo 405 del Código Sustantivo del Trabajo define el fuero sindical como *"la garantía de que gozan algunos trabajadores de no ser despedidos, ni desmejorados en sus condiciones de trabajo, ni trasladados a otros establecimientos de la misma empresa o a un municipio distinto, sin justa causa, previamente calificada por el juez del trabajo"*.

En ese orden, el derecho al fuero sindical, para quienes se encuentran amparados por esta garantía en términos del artículo 406 del C.S.T., entraña una serie de obligaciones correlativas para el empleador como abstenerse de despedir o desmejorar de cualquier manera la situación del trabajador, salvo que medie una justa causa previamente calificada y autorizada por el juez laboral.

Tal y como lo ha precisado la Corte Constitucional en varias oportunidades, esta normativa es producto del desarrollo de las recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo, según las cuales los países miembros de esta, se comprometen a adoptar medidas específicas de protección contra todo acto dirigido a perjudicar a los representantes sindicales, en razón de su gestión sindical, incluido el despido y el desmejoramiento de sus condiciones de trabajo. Lo anterior no significa, como lo ha manifestado la Corte Constitucional en repetidas ocasiones, a saber, **en la sentencia T-220 del 20 de marzo de 2012**: *"...que no sea posible despedir al empleado, sino que en el evento en el que el empleador despida al trabajador **deberá demostrar la existencia de una justa causa para hacerlo, y el juez deberá constatar la existencia o inexistencia de la misma con el fin de autorizar el despido"***.

Es menester para la Sala detenerse en las previsiones legales contenidas en el artículo 406 del C.S.T., relativo a los trabajadores amparados por fuero sindical, entre los que se encuentra el literal c): *"Los miembros de la junta directiva y subdirectiva de todo sindicato, federación o confederación de sindicatos, sin pasar de cinco (5) principales y cinco (5) suplentes"*.

De todo lo expuesto hasta aquí, se puede establecer de manera cristalina que el señor ROBERT FRANCHESCO PÉREZ ALVARADO ostenta la calidad de Tesorero de la organización sindical Vicepresidente de la organización sindical SINDICATO NACIONAL DE SERVIDORES PÚBLICOS DEL SISTEMA PENITENCIARIO Y CARCELARIO SUBDIRECTIVA SECCIONAL BOGOTÁ – SINALPEC SECCIONAL BOGOTÁ (Fol. 38 y 39), sin que tal aspecto sea objeto de disenso, ya que la misma parte demandante en la resolución por medio de la cual declaró vacante el cargo ocupado por el demandado por abandono del cargo, refirió que debía adelantarse el proceso de levantamiento del fuero sindical que arropa al señor ROBERT FRANCHESCO PÉREZ ALVARADO (Fol. 42 y 43).

De otro lado, no se evidencia documental de que la junta directiva del sindicato, haya sido modificada, pues no se aportó prueba que así lo acredite.

Sobre el tema, el párrafo segundo del artículo 406 del CST, señala:

*"PARÁGRAFO 2o. Para todos los efectos legales y procesales la calidad del fuero sindical se demuestra con la copia del certificado de inscripción de la junta directiva y/o comité ejecutivo, o con la copia de la comunicación al empleador."*

Así mismo, el inciso final de los artículos 113 y 118 del CPL, que consagra la demanda de empleador y trabajador respectivamente, en tratándose de procesos especiales de fuero sindical, disponen que:

*"Con la certificación de inscripción en el registro sindical o la comunicación al empleador de la inscripción se presume la existencia del fuero sindical."*

De donde se colige, que en el presente asunto se encuentra demostrada la calidad de aforado del actor en los términos del artículo 406 del CST, en tanto se aportó certificación de inscripción de la junta directiva, por parte del grupo de archivo sindical del Ministerio de Trabajo, sin que para ello, fuera necesario aportar la comunicación al empleador, habida cuenta que la expresión "o", contenida en ambas disposiciones es disyuntiva, es decir, cualquiera de las dos opciones es válida a elección en este caso, del trabajador.

Siendo ello así, es claro que el actor, ostenta la calidad de aforado en su condición de Vicepresidente de SINALPEC SECCIONAL BOGOTÁ, de conformidad con el artículo 406 del CST.

### **LEVANTAMIENTO FUERO SINDICAL – ABANDONO DEL CARGO**

Pues bien, establece el Decreto 407 de 1994, consistente en el régimen de personal del INPEC, en su artículo 49 que son causales de retiro, entre otras, la establecida en el literal i) referida al "Abandono del cargo", e igualmente, el artículo 61 del mencionado decreto establece que el abandono del cargo se produce cuando un empleado sin justa causa:

- 1. No reasume sus funciones al vencimiento de una licencia, permiso, vacaciones, comisión o dentro de los quince (15) días siguientes al vencimiento de la prestación del servicio militar.*
- 2. Deje de concurrir al trabajo por tres (3) días consecutivos.*
- 3. No concurra al trabajo antes de serle concedida autorización para separarse del servicio o en caso de renuncia antes de vencerse el plazo de treinta (30) días.*
- 4. Se abstenga de prestar el servicio antes de que asuma el cargo quien ha de reemplazarlo.*

*PARÁGRAFO. Comprobados cualquiera de los hechos de que trata este artículo, la autoridad nominadora declarará la vacancia del cargo **previo los procedimientos legales**".*

Sobre esta temática el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, en sentencia del 25 de noviembre de 2010, radicación No 25000-23-25-000-2004-02593-01 (0524-08), consideraba inicialmente que no era necesario adelantar actuación administrativa para declarar vacante el cargo por abandono del cargo, pues bastaba con la verificación del presupuesto objetivo plenamente probado de no haber concurrido al empleado durante el lapso de tres (3) días a desempeñar su cargo; no obstante, varió su posición y **"advirtió la necesidad de adelantar un trámite breve y sumario no sólo para que el afectado pueda exponer los argumentos por los cuales se ausentó sino para evaluar de manera objetiva la situación, antes de declarar la vacancia"**.

Concluye el Consejo de Estado que **"El retiro por abandono del cargo, sin justa causa, para el personal del INPEC, procede entonces, previo los procedimientos legales"**. A renglón seguido hizo alusión a la clase de procedimiento que debe seguirse, de la siguiente manera:

*"El campo de aplicación de las normas contenidas en la primera parte del C.C.A., "De los procedimientos administrativos", según su artículo 10., se aplican a todos los órganos, corporaciones y dependencias del Poder Público; y los procedimientos administrativos regulados por leyes especiales se rigen por éstas, pero también por las primeras, en tanto sean compatibles.*

*No resulta extraña la remisión del citado artículo 61 a los procedimientos legales, pues la declaración del abandono del cargo es un típico ejemplo de una actuación administrativa iniciada de oficio, asunto regulado ampliamente por el C.C.A., a partir del artículo 28, que dice: **"Deber de comunicar.** Cuando de la actuación administrativa iniciada de oficio se desprenda que hay particulares que pueden resultar afectados en forma directa, a éstos se les comunicará la existencia de la actuación y el objeto de la misma.", y según el mismo Estatuto, los interesados pueden "pedir y decretar pruebas y allegar informaciones, sin requisitos ni términos especiales..." (Artículo 34) y así se tomen las decisiones con todas las "cuestiones planteadas..." (Artículo 35).*

*Se observa, que en este procedimiento adelantado por el INPEC, no se brindaron todas estas garantías legales al directamente afectado, situación a todas luces inexplicable".*

De acuerdo a lo anterior, lo primero que viene a propósito mencionar, es que la entidad empleadora demandante procedió a iniciar la actuación administrativa luego de que el Subdirector del Cuerpo de Custodia, puso en conocimiento de la Subdirección de Talento Humano, que el señor Robert Franchesco Pérez Alvarado presentó ausentismo sin justificación desde el 1 de diciembre de 2018 hasta "la fecha de suscripción del informe", esto es, 7 de diciembre de 2018. Ante tal informe, la Subdirección de Talento Humano del INPEC inició la actuación administrativa y según las consideraciones expuestas en la resolución No 001143 del 23 de abril de 2019, le requirió al demandado para que en el término de diez (10) días aporte los elementos probatorios que pudieran justificar su ausentismo, así como también solicitó al Grupo de Seguridad Social el reporte de incapacidades del demandado, respondiendo de manera negativa una vez consultado los registros de incapacidades por parte de la NUEVA EPS. Igualmente, el Grupo de Salud Ocupacional de POSITIVA S.A., informó que el trabajador no registra enfermedad y/o accidente reconocido de origen laboral del 1 de diciembre de 2018 hacia adelante.

Ahora, de la citada resolución también se desprende que la entidad inició la actuación administrativa a través de oficio No 85103-SUTAH-GALAB-2019EE006620 del 18 de enero de 2019, y que "en aras de garantizar su derecho a la defensa y a la contradicción de conformidad a lo dispuesto en el artículo 29 de la Constitución Política, en concordancia con lo establecido en los artículos 40, 66,67,68 y 69 de la Ley 1437 de 2011, el precitado funcionario fue notificado por "aviso" del inicio de la actuación, diligencia que quedó surtida el 22 de febrero de 2019, donde se le informó que contaba con un término de diez (10) días hábiles siguientes a dicha notificación para aportar los elementos probatorios que pudieran justificar su ausencia a laborar. Una vez vencido el referido término, se certificó por Talento Humano que no se allegó documento alguno por parte del funcionario.

Puestas así las cosas, lo primero que colige la Sala es que la juzgadora de instancia, previo a la verificación de la justa causa, debía verificar si se cumplió con el "procedimiento legal" que llevó a la entidad a declarar la vacancia del cargo, pues aquello hace parte de las garantías fundamentales al debido proceso que deben regir en cualquier actuación administrativa, máxime cuando es la propia entidad quien alude haberse ceñido a las disposiciones del CPACA, pero que a juicio de la Sala no se encuentran cumplidas, veamos.

Preliminarmente debe recordársele al apoderado judicial de la pasiva, que la actuación administrativa que se adelanta para declarar el abandono del cargo no constituye un proceso disciplinario como él lo entiende (C-1189/2005), y por ello, debemos remitirnos inicialmente al artículo 34 del CPACA que establece que las actuaciones administrativas se sujetaran al procedimiento administrativo común y principal del CPACA, entiéndase el contenido en el art. 66 ibídem y seguidamente el artículo 35 del mismo estatuto procesal, hace alusión a que los procedimientos iniciados de oficio deben serlo mediante escrito, "*debiendo informar de la iniciación de la actuación al interesado para el ejercicio del derecho de defensa*".

A su vez, ya en cuanto al deber de comunicación y notificación de las decisiones de la entidad pública, establece el artículo 66 y siguientes del CPACA, que:

*"Las decisiones que pongan término a una actuación administrativa se notificarán personalmente al interesado, a su representante o apoderado, o a la persona debidamente autorizada por el interesado para notificarse.*

*En la diligencia de notificación se entregará al interesado copia íntegra, auténtica y gratuita del acto administrativo, con anotación de la fecha y la hora, los recursos que legalmente proceden, las autoridades ante quienes deben interponerse y los plazos para hacerlo.*

*El incumplimiento de cualquiera de estos requisitos invalidará la notificación.*

*La notificación personal para dar cumplimiento a todas las diligencias previstas en el inciso anterior también podrá efectuarse mediante una cualquiera de las siguientes modalidades:*

*1. Por medio electrónico. Procederá siempre y cuando el interesado acepte ser notificado de esta manera. (...)*

**ARTÍCULO 68. Citaciones para notificación personal.** *Si no hay otro medio más eficaz de informar al interesado, se le enviará una citación a la dirección, al número de fax o al correo electrónico que figuren en el expediente o puedan obtenerse del registro mercantil, para que comparezca a la diligencia de notificación personal. El envío de la citación se hará dentro de los cinco (5) días siguientes a la expedición del acto, y de dicha diligencia se dejará constancia en el expediente.*

*Cuando se desconozca la información sobre el destinatario señalada en el inciso anterior, la citación se publicará en la página electrónica o en un lugar de acceso al público de la respectiva entidad por el término de cinco (5) días.*

**ARTÍCULO 69. Notificación por aviso.** *Si no pudiere hacerse la notificación personal al cabo de los cinco (5) días del envío de la citación, esta se hará por medio de aviso que se remitirá a la dirección, al número de fax o al correo electrónico que figuren en el expediente o puedan obtenerse del registro mercantil, acompañado de copia íntegra del acto administrativo. El aviso deberá indicar la fecha y la del acto que se notifica, la autoridad que lo expidió, los recursos que legalmente proceden, las autoridades ante quienes deben interponerse, los plazos respectivos y la advertencia de que la notificación se considerará surtida al finalizar el día siguiente al de la entrega del aviso en el lugar de destino.*

*Cuando se desconozca la información sobre el destinatario, el aviso, con copia íntegra del acto administrativo, se publicará en la página electrónica y en todo caso en un lugar de acceso al público de la respectiva entidad por el término de cinco (5) días, con la advertencia de que la notificación se considerará surtida al finalizar el día siguiente al retiro del aviso.*

*En el expediente se dejará constancia de la remisión o publicación del aviso y de la fecha en que por este medio quedará surtida la notificación personal”.*

De conformidad con el sustrato normativo y jurisprudencial relacionado, considera la Sala que el INPEC no cumplió a cabalidad con el deber de informar la actuación administrativa que siguió contra el demandado en procura de declarar la vacancia del cargo por abandono del mismo, pues inició la actuación administrativa mediante oficio No 85103-SUTAH-GALAB-2019EE006620 del 18 de enero de 2019, y según se desprende de los antecedentes de la resolución No 001143 del 23 de abril de 2019, fue notificado el empleado por “aviso”, cuando lo procedente conforme las normas señaladas por la propia entidad demandante era realizar la notificación personal (artículo 68 del CPACA), enviando citación a la dirección, al número de fax o al correo electrónico que figuren en la capeta o historia laboral del funcionario, lo que no se encuentra acreditado, pues a pesar de que tal artículo refiere que *“de dicha diligencia se dejará constancia en el expediente”*, no obra constancia de que se haya procedido de esa manera por parte del INPEC, pues de los antecedentes de la resolución No 001143 del 23 de abril de 2019, solo se dice que fue notificado por “aviso”.

Igualmente, tampoco se encuentra acreditado lo dispuesto en la parte final del artículo 68 del CPACA, relativo a que ante el desconocimiento de información sobre el destinatario, *“la citación se publicará en la página electrónica o en un lugar de acceso al público de la respectiva entidad por el término de cinco (5) días”*, pues se itera, la única notificación que utilizó la entidad para enterar al empleado demandado fue por “aviso”, siendo que esta clase de notificación es supletiva ante la infructuosa

citación a que alude el artículo 68 *ejusdem*, y en todo caso también se trasgredió, dado que "esta se hará por medio de aviso que se remitirá a la dirección, al número de fax o al correo electrónico que figuren en el expediente", en el caso concreto, en la hoja de vida o historia laboral del empleado que debe necesariamente reposar en los archivos de la entidad, pero se itera, nada de eso se encuentra demostrado en el proceso.

Debe precisar la Sala que la Corte Constitucional en sentencia C-1189 de 2005, al estudiar lo relativo a la causal de retiro por abandono del cargo, hizo alusión al respeto a las garantías fundamentales del derecho de defensa y debido proceso, en los siguientes términos:

*"El debido proceso tiene un ámbito de aplicación que se extiende a todos los tipos de juicios y procedimientos que conlleven consecuencias para los administrados, de manera que a éstos se les debe garantizar la totalidad de elementos inherentes a este derecho fundamental. De otra parte, y específicamente en lo que hace relación con los procedimientos administrativos, es necesario precisar que el derecho con que cuentan los ciudadanos, relativo a la posibilidad de controvertir las decisiones que se tomen en dicho ámbito es consubstancial al debido proceso. Si bien ambas son garantías que se derivan del principio de legalidad, son dos caras de la misma moneda, esto es, mientras que el derecho a cuestionar la validez de las decisiones funge como garantía posterior, las garantías propias del derecho fundamental al debido proceso, tales como (i) el acceso libre y en igualdad de condiciones a la justicia; (ii) el acceso al juez natural; (iii) la posibilidad de ejercicio del derecho de defensa (con los elementos para ser oído dentro del proceso); (iv) la razonabilidad de los plazos para el desarrollo de los procesos; y, (v) la imparcialidad, autonomía e independencia de los jueces y autoridades, son elementos que deben ser garantizados durante el desarrollo de todo el procedimiento, y apuntan, principalmente, a brindar garantías mínimas previas. En efecto, los elementos del debido proceso arriba enumerados buscan garantizar el equilibrio entre las partes, previa la expedición de una decisión administrativa. Por el contrario, el derecho a cuestionar la validez de la misma, hace parte de las garantías posteriores a la expedición de la decisión por parte de la autoridad administrativa, en tanto cuestiona su validez jurídica".*

Ello así, acota la Sala que en efecto le asiste razón a la parte demandada en aludir en el transcurso del proceso que no se enteró de la actuación administrativa, ni tampoco de la resolución que declaró la vacancia del cargo por abandono del mismo, pues esta también fue notificada por "aviso" con publicación de la providencia en la cartelera de información de la entidad y en la página web de la misma (Fol. 25), pero al igual que el inicio de la actuación administrativa, se realizó trasgrediendo lo dispuesto en los artículos 66 y siguientes del CPACA. Además, llama poderosamente la atención de la Sala que se haya procedido a realizar la notificación por "aviso", incluso sin ceñirse a esa clase de notificación como lo establece el artículo 69 *ibidem*, publicando en la cartelera de la entidad y en la página web de la misma, cuando la causal es abandono del cargo, es decir, se entiende que el funcionario no ha concurrido a su lugar de trabajo, por lo que serió infructuosa la notificación por aviso tal como lo hizo la entidad, y por ello, para efectos de garantizar el derecho de defensa y contradicción, debía ceñirse a lo dispuesto en los artículos 66 y 68 del CPACA, esto es, remitiendo citación personal a la dirección tanto física como

electrónica que reposa en su hoja de vida, y si a partir de allí no se presentaba a notificarse, proceder con la notificación por aviso, pero en los términos del artículo 69 del CPACA, y no como lo hizo la entidad.

Asimismo, a modo de comparación, si bien en el sector privado no existe la figura del "abandono del cargo" (SL1051-2020), ha dicho la jurisprudencia que ante la insistencia del trabajador a laborar en su lugar de trabajo, es deber del empleador hacer uso de todos los medios a su alcance para solicitar al trabajador la justificación de su inasistencia, so pena de tener por injusto el despido. Para este fin pudo remitir comunicación a la dirección de domicilio registrada en su hoja de vida, a la dirección de correo electrónico o incluso por medio de las personas que hubiere enunciado como referencias personales, entre otros, como lo señaló nuestra Corte Suprema de Justicia en sentencia SL4547 de 2018, es decir, ante la trascendencia que implica la terminación del vínculo laboral, bien sea en el sector público o privado, se requiere que se garanticen los principios fundamentales al debido proceso, derecho de defensa y contradicción, derechos que no se encuentran garantizados en el sub examine, lo que da lugar a que no puede la Sala entrar a verificar si se presentó o no la casual de abandono de cargo que lleve a la finalización del vínculo laboral que tiene el señor ROBERT FRANCHESCO PÉREZ ALVARADO con la entidad demandada, y el consecuente levantamiento del fuero que lo cobija.

Finalmente, solo a manera de precisión, en lo relativo a que debe tenerse en cuenta el Decreto 806 de 2020, y la posibilidad de ejercer sus funciones en cualquier parte del "mundo", puntualiza esta Judicatura que el problema jurídico a resolver consistía en la configuración del abandono del cargo por ausentarse a laborar a partir del 1 de diciembre de 2018 y "hasta la fecha de suscripción del informe", es decir, 7 de diciembre de 2018, superando los tres (3) días de que trata el numeral 2° del artículo 61 del Decreto 407 de 1994, calendas muy anteriores al Decreto 806 de 2020, además que la discusión no se contrae a revisar si la entidad puede o no tener funcionarios laborando de manera remota, sino a la constatación de si existió justificación o no en el ausentismo a laborar desde el 1 de diciembre de 2018, aspecto que no se puede entrar a valorar ante la inminente vulneración de las garantías fundamentales del empleado en la comunicación y notificación de la actuación administrativa que dio como resultado la resolución de declaratoria de abandono del cargo. Además, desconocerse tales garantías y proceder a verificar las razones de su ausentismo conllevaría a convalidar una actuación irregular en el trámite de notificación por parte del empleador.

Por lo expuesto, sin que haya más que decir, se revocará la sentencia materia de apelación, negando el levantamiento del fuero sindical, y en consecuencia, absolviendo al demandado de las suplicas incoadas por la parte demandante.

### **COSTAS**

Costas en esta instancia a favor del demandado Robert Franchesco Pérez Alvarado y a cargo del INPEC, por haber prosperado el recurso de apelación. Las de primera instancia se revocan y correrán a cargo del INPEC. Tásense.

### **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: REVOCAR** la sentencia proferida el 18 de febrero de 2022, por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, mediante la cual, concedió el permiso para despedir solicitado por el INPEC, levantando el fuero sindical de que goza el señor Robert Pérez Alvarado por su condición de miembro de la Junta Directiva de la asociación sindical SINALPEC, para en su lugar, **NEGAR** al INPEC el permiso para levantar el fuero sindical del señor Robert Pérez Alvarado, conforme las consideraciones que motivan este proveído.

**SEGUNDO: COSTAS** en esta instancia a favor de Robert Franchesco Pérez Alvarado, y a cargo del INPEC. Las de primera se revocan y correrán a cargo del INPEC.

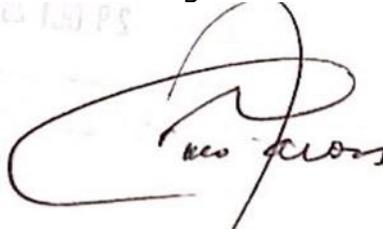
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**  
Magistrada



**EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS**  
Magistrado

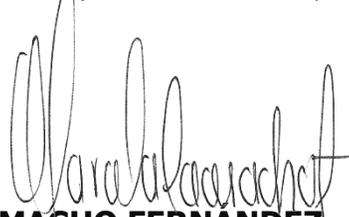


**LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR**  
Magistrado  
(Salva Voto)

*-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 a favor de Robert Franchesco Pérez Alvarado, y a cargo del INPEC, en la suma de \$1.000.000.



**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:** KAREN DEL PERPETUO SOCORRO KORNERUP MADRID  
**Demandadas:** COLPENSIONES Y SKANDIA FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.  
**Radicado No.:** 20-2019-00085-01  
**Tema:** INEFICACIA DE TRASLADO - ADICIONA

Bogotá D.C., veintinueve (29) de abril de dos mil veintidós (2022)

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.** Karen Del Perpetuo Socorro Kornerup Madrid instauró demanda ordinaria contra Skandia Fondos de Pensiones y Cesantías S.A. y Colpensiones con el propósito de que se declare la nulidad del traslado al RAIS y, en consecuencia, se ordene a la primera de las demandadas la devolución de aportes efectuados, bonos pensionales, rendimientos financieros, sumas adicionales de las aseguradoras con sus frutos e intereses; al pago de las costas. Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló en síntesis que nació el 26 de julio de 1965 y realizó aportes al ISS desde el 18 de julio de 1987 y hasta el 21 de diciembre de 1996, dado que se vinculó a la AFP privada el 1 de enero del 1997, sin habersele brindado información suficiente al momento del traslado, además, no se le advirtió sobre la conveniencia del traslado. (Expediente digital, PDF 01 2019-085 fl 197, págs. 3 a 24).

**2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.** Fue notificada en debida forma (Expediente digital, PDF 01 2019-085 fl 197, págs. 75 a 76).; sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

### 3. Contestación de demanda

**3.1. Colpensiones.** Presentó contestación de la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, argumentando que el traslado se realizó con plena voluntad de la demandante, según sentencia C-1024 de 2004, además, que se encuentran inmersa en la prohibición legal de la Ley 797 de 2003. Refirió que no existió injerencia por parte de la entidad para que la actora tomará la decisión de trasladarse de régimen de acuerdo con la Ley 100 de 1993. Como excepciones de mérito propuso las que denominó, inexistencia de la obligación, excepción error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción y finalmente genérica. (Expediente digital, PDF 01 2019-085 fl 197, págs. 77 a 93).

**3.2. Skandia Fondos de Pensiones y Cesantías S.A.** Al dar respuesta a la demanda se opuso a las pretensiones de esta con fundamento en que al momento del traslado de régimen la demandante era una persona capaz de tomar sus propias decisiones y, por tanto, el traslado se realizó con plena voluntad de aquella conforme lo dispone la Ley 100 de 1993. Indicó que no es procedente declarar la nulidad de la afiliación efectuada al RAIS toda vez que no existe vicio en el consentimiento, además, por cuanto fue debidamente asesorada.

En su defensa propuso las excepciones de fondo que denominó la demandante se encuentra inhabilitada para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado, ausencia de configuración de causales de nulidad, inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al RAIS, ausencia de falta del deber de asesoría e información, los supuestos facticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de la sentencias invocadas por la demandante, prescripción, buena fe y genérica. (Expediente digital, PDF 01 2019-085 fl 197, págs. 130 a 149).

**4. Fallo de Primera Instancia.** Terminó la instancia con sentencia del 25 de noviembre de 2020 en la que el fallador de primera instancia declaró la ineficacia de la afiliación al RAIS y, por tanto, actualmente se encuentra afiliada de forma efectiva a Colpensiones. Así las cosas, ordenó a la AFP accionada a trasladar al ente público los valores generados por concepto de aportes, rendimientos financieros, bonos pensionales que se encuentren en la cuenta de ahorro individual y costas del proceso.

Para arribar a tal decisión dijo que de conformidad con el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, la afiliación debe ser libre y voluntad de manera que se debe brindar información clara y precisa, como se ha desarrollado por la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral. Indicó que como el deber de información tiene que ser transparente, en el caso en concreto, la AFP no demuestra que se haya indicado las características de ambos regímenes, lo que da lugar a restituir a Colpensiones los montos de sus cotizaciones obligatorias a pensiones con los rendimientos financieros causados. Agregó que, si bien se allegó el formulario de afiliación con la correspondiente firma y, además, en el interrogatorio de parte la actora manifestó que suscribió el mismo de manera libre y sin presiones, ello no demostración de la debida información que se exige en estos procesos.

**5. Impugnación y límites del ad quem.** Inconforme con la anterior decisión **Colpensiones** interpuso recurso de apelación manifestando que de conformidad con el artículo 167 del C.G.P., no existen elementos probatorios que evidencien vicios en el consentimiento conforme a la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y de este Tribunal.

**6. Alegatos de conclusión.** Las partes no presentaron alegaciones dentro del término concedido en providencia anterior.

### **CONSIDERACIONES DE LA SALA**

El recurso de apelación interpuesto por Colpensiones se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 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 su favor en lo que le sea 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? 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 aquella 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 a la afiliada 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 Karen Del Perpetuo Socorro Kornerup Madrid se afilió a la otrora ISS, hoy Colpensiones desde el 16 julio 1987 el 23 de diciembre de 1996, conforme aparece en la historia laboral expedida por la misma (Expediente digital, PDF 01 2019-085 fl 197, págs. 94 a 98); que el 12 de diciembre de 1996 se trasladó a la AFP demandada donde se encuentra actualmente, según registra su historia laboral de cotizaciones (Expediente digital, PDF 01 2019-085 fl 197, pág. 161)

### **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 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 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 actora 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 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 cualquier circunstancia pues esto no releva a la entidad de su obligación legal.

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 de 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 la 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, 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.

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

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). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima (CSJ SL 2208-2021).

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, comisiones, porcentajes destinados a seguros previsionales y a

constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima por parte de AFP accionada (durante el tiempo de permanencia de la actora en esta AFP), con destino a COLPENSIONES.

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). 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 la exonera de la obligación de devolver a Colpensiones las sumas descontadas por este concepto, ni tampoco puede 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 este valor durante la afiliación.

Ahora, teniendo en cuenta que en la parte resolutive del fallo proferido en primera instancia no se condenó a Skandia Fondos de Pensiones y Cesantías S.A. a transferir a Colpensiones las sumas descontadas por concepto del porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, así como gastos de administración y comisiones, se adicionará el fallo apelado en tal sentido. Adicionalmente, se ordenará que tales conceptos, como los demás ordenados por el A quo, al momento de la devolución se realicen debidamente indexados, tal como lo ha señalado la Sala de Casación Laboral de la CSJ, entre otras, en sentencia SL 3321 del 26 de junio del 2021.

### **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**

Sin costas en esta instancia. 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 25 de noviembre del 2021, por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá, y, en consecuencia,

**ORDENAR** a **SKANDIA FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** devolver a Colpensiones el porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima que en su momento descontaron de la cuenta de ahorro individual de la actora, gastos de administración y comisiones, ordenando que dichos conceptos, así como los demás ordenados por el A quo se devuelvan debidamente indexados, conforme a lo motivado.

**SEGUNDO: CONFIRMAR** en todo lo demás la sentencia en mención, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

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

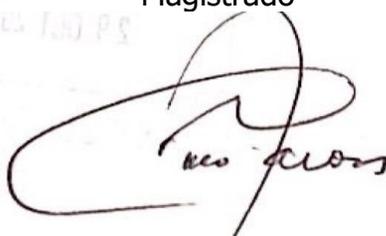
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



**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:** CARMEN JULIA REY MÁRQUEZ  
**Demandadas:** COLPENSIONES Y AFP PORVENIR S.A.  
**Radicado No.:** 33-2017-00621-01  
**Tema:** INEFICACIA DE TRASLADO - ADICIONA

Bogotá D.C., veintinueve (29) de abril de dos mil veintidós (2022)

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. CINDY BRILLITH BAUTISTA CARDENAS, identificada en legal forma, como apoderada sustituta de la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder conferido.

### SENTENCIA ANTECEDENTES RELEVANTES

**1. Demanda.** Carmen Julia Rey Márquez instauró demanda ordinaria contra AFP Porvenir S.A. y Colpensiones con el propósito de que se declare la nulidad del traslado y afiliación al RAIS y, en consecuencia, se ordene a Colpensiones a tenerla como afiliada en el RPMPD como si nunca se hubiese trasladado. Así mismo, pidió que se condene a las encartadas a reconocer y pagar intereses generados por la demora injustificada en la autorización del traslado; se realice la devolución de aportes efectuados; lo que resulte probado ultra y extra petita y costas del proceso. Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló en síntesis que nació el 12 de mayo de 1954 y realizó aportes desde el 17 de abril de 1985 al 30 de octubre de 1997 al extinto ISS. Refirió que para finales del año 1997 un asesor de la AFP Porvenir S.A. le brindó una información errada, para que realizar el traslado, ya que le ofreció una mesada pensional superior, sin que le brindara información suficiente y necesaria. (Expediente digital, PDF 01. EXPEDIENTE, págs. 3 a 16).

**2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.** Fue notificada en debida forma (Expediente digital, PDF 01. EXPEDIENTE, pág. 68); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

### 3. Contestación de demanda

**3.1. Colpensiones.** Presentó contestación de la demanda con oposición a todas y cada de las pretensiones aduciendo que la demandante se encuentra válidamente afiliada a la AFP Porvenir S.A., ya que el traslado se realizó con plena voluntad y se encuentra inmersa en la prohibición de la Ley 797 de 2003. Como excepciones de mérito propuso las que denominó inexistencia de la obligación, excepción error de derecho no vicia el

consentimiento, buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas y finalmente genérica. (Expediente digital, PDF 01. EXPEDIENTE, pág. 106 a 117)

**3.2. AFP Porvenir S.A.** En su contestación al libelo demandatorio se opuso a la totalidad de las pretensiones incoadas en su contra señalando que el traslado de régimen de la demandante a se dio con todos los requisitos exigidos en la Ley 100 de 1993, pues no existe vicio en su consentimiento. Indicó que de condenarse al reconocimiento y pago de intereses se estaría generando un enriquecimiento sin causa a favor de la promotora del proceso. En su defensa propuso las excepciones de fondo que denominó prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa, inexistencia de algún vicio del consentimiento al haber tramitado el demandante formulario de vinculación al fondo de pensiones, debida asesoría del fondo y genérica.

(Expediente digital, PDF 01. EXPEDIENTE, pág. 122 a 135)

**4. Fallo de Primera Instancia.** Terminó la instancia con sentencia del 16 de septiembre de 2021, en la que el fallador de primera instancia declaró la ineficacia de la afiliación al RAIS y, por tanto, que la demandante actualmente se encuentra afiliada de forma efectiva a Colpensiones. En consecuencia, condenó a la AFP accionada a trasladar a Colpensiones los valores generados por concepto de aportes, rendimientos financieros y bonos pensionales que se encuentren en la cuenta de ahorro individual. Ordenó a la AFP Porvenir S.A., asumir a cargo de su propio patrimonio los gastos o cuotas de administración y comisiones generadas durante el periodo en el que la accionante estuvo afiliada al RAIS y, condenó en costas a esta última.

Para arribar a tal determinación dijo que para el año 1997, oportunidad en la que se realizó la firma de formulario de afiliación, estaba vigente los artículos 13, 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, así mismo el artículo 97 del Decreto 663 de 1993, que refieren a que la entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria, deben suministrar a los usuarios información necesaria para que escojan las mejores opciones del mercado, lo que indica, acorde a lo señalado por la Corte en la sentencia 492 de 2019, cuál es la metodología que debe tomar la jurisdicción cuando está en discusión la ineficacia del acto jurídico de traslado.

Señaló que el deber de información es deber de todo acto jurídico, por eso es un mecanismo protector de las características del sistema de pensiones. Indicó que la Alta Corporación ha señalado que la autonomía de la voluntad está supeditada a no vulnerar el principio de irrenunciabilidad, por eso la Corte se ha apartado de los argumentos planteados por PORVENIR, ordenando trasladar todas las cuotas de administración a Colpensiones.

**5. Impugnación y límites del ad quem.** La decisión fue recurrida por las demandadas.

**5.1. AFP Porvenir S.A.** En su alzada manifestó que no existen elementos que evidencien vicios del consentimiento, en tanto que brindó una información clara, precisa y veraz para el año 1997, decisión que fue aceptada por parte de la AFP bajo los términos del artículo 112 de la Ley 100 de 1993, además, por cuanto la firma emanada en el formulario de afiliación fue de manera voluntaria. Arguyó que se está omitiendo y desconociendo el principio de la autonomía de la voluntad privada con la cual cuenta la parte demandante y que ha sido tratado por la Corte Constitucional en sentencia C 341 del año 2006. Solicitó que se revoque la condena en costas.

**5.2. Colpensiones.** En su recurso de apelación indicó que no existen elementos que evidencien vicios del consentimiento, dado que para el momento del traslado no tenía una expectativa legítima, ni tampoco era beneficiaria del régimen de transición para retornar

en cualquier tiempo conforme lo establece la sentencia SU 130-2012. Aludió que en sentencia del Tribunal Superior de Pereira se establece que la sola manifestación de una diferencia en la mesada pensional en ambos regímenes no da lugar a la ineficacia del traslado, de tal manera que para la época del traslado la AFP solo tenía la obligación de brindar información general de las condiciones del traslado. Refirió que debe tenerse en cuenta la sentencia SL 3752-2020 sobre los actos de relacionamiento, como los varios traslados entre AFP del mismo régimen, o su permanencia por más de 20 años en el RAIS, el cual ratifican el negocio jurídico.

## **6. Alegatos de conclusión**

**6.1. Demandante.** Alegó en su favor aduciendo que tiene derecho a que se le declare la ineficacia y/o nulidad del traslado efectuado el día 8 de octubre de 1997 con la Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., toda vez que en la etapa precontractual no se le brindó información veraz, completa y oportuna acerca de las ventajas como de las desventajas de uno y otro sistema de pensiones y en especial de la situación personal y concreta de la demandante, y como consecuencia de la declaratoria de nulidad de dichos traslados, solicitó se retrotraigan las cosas a su estado anterior y se ordene a Colpensiones a tenerla en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida como si nunca me hubiera trasladado en virtud del regreso automático.

**6.2. AFP Porvenir S.A.** Refirió que no le asiste razón al fallador de primera instancia, por cuanto en este asunto no se acreditó la existencia de algún vicio del consentimiento con el cambio de régimen de la parte demandante, pues no se alegó y menos probó ningunas de las causales previstas en el artículo 1741 del Código Civil, lo que conduce a que el acto jurídico de vinculación sea eficaz.

Indicó que si lo que se pretende es declarar la ineficacia que prevé el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, esta norma en forma clara y sin lugar a interpretaciones distintas, establece que cualquier persona natural o jurídica, hubiera realizado actos atentatorios contra el libre derecho de elección del afiliado, se haría acreedor a una multa administrativa impuesta por el Ministerio de Trabajo, y si bien, menciona que quedará sin efecto la afiliación, también lo es que, bajo ninguna circunstancia se refiere si quiera por aproximación a lo dispuesto en los artículos 1740 y ss. conduce a que este acto goce de plena validez.

**6.3. Colpensiones.** Indicó que la demandante se encuentra dentro de la prohibición legal del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que impide el traslado dentro de los fondos cuando le falte 10 años o menos para la edad de pensión, dado que la reclamación elevada a Colpensiones la realizó para el año 2017, fecha en la cual contaba con más de 50 años. Expuso que no gozaba de una expectativa legítima y que revisados los hechos de la demanda fácil es concluir que en el presente asunto no se da el vicio del consentimiento alegado por error, toda vez que el mismo no tiene la fuerza legal para repercutir sobre la eficacia jurídica del acto jurídico celebrado entre aquella y la AFP codemandada por no tratarse de un error dirimente o error nulidad, que es aquel que, por esencial, afecta la validez del acto y lo condena a su anulación o rescisión judicial.

## **CONSIDERACIONES DE LA SALA**

Los recursos de apelación interpuestos por AFP Porvenir S.A. y Colpensiones se estudiarán de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 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 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 aquella 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 a la afiliada 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 Carmen Julia Rey Márquez, se afilió a la otrora ISS, hoy Colpensiones desde el 1 de junio de 1989, con cotizaciones hasta el 1 de enero de 1991, conforme aparece en la historia laboral expedida por esta (Expediente digital, PDF 01. EXPEDIENTE, págs. 118 a 121); que entre el 4 de febrero de 1991 al 31 de octubre de 1997 cotizó a CAJANAL, según certificación de información laboral expedida por el ICBF Regional Meta (Expediente digital, PDF 01. EXPEDIENTE, pág. 27); que el 8 de octubre de 1997 se trasladó a AFP Porvenir S.A, donde se encuentra actualmente, según su historia laboral de cotizaciones (Expediente digital, PDF 01. EXPEDIENTE, pág. 20)

### **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 una afiliada 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 a la afiliada en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1997- la CSJ ha señalado que la AFP debía 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 actora 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 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 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 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, tampoco si cumple con los requisitos establecidas en la sentencia SU 062 de 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, 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.

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

Ahora, 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 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 SL 4360 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). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima (CSJ SL 2208-2021).

Conforme a ello, no resulta atendible lo afirmado por el apoderado de la AFP Porvenir S.A., pues es claro 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, como acertadamente lo indicó el A quo en sus consideraciones.

De otro lado, hay que precisar que los conceptos de la Superintendencia Financiera no son vinculantes, pues así lo ha establecido la CSJ desde vieja data: "*...las hechas por la Superintendencia Bancaria, no tienen el carácter de ser judiciales ni vinculan a los jueces*" (Radicado 17784 de 2002). Tampoco es aplicable al presente caso el artículo 113 de la Ley 100 de 1993 como quiera que nonos 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.

Aunado a que en estos procesos de ineficacia de traslado no se estudia si la gestión del fondo demandados fue buena o no y por tanto se generaron unos rendimientos, pues lo que se debe revisar es si la AFP privada brindó la información necesaria a la demandante al momento en que se efectuó el traslado al ISS, ya que la devolución de los rendimientos, gastos de administración, comisiones, así como el porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y demás conceptos es la consecuencia ante el incumplimiento del deber legal de brindar la asesoría pertinente a sus futuros afiliados.

Ahora, teniendo en cuenta que en la parte resolutive del fallo proferido en primera instancia no se condenó a la AFP Porvenir S.A. a transferir a Colpensiones las sumas descontadas por concepto del porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, así como comisiones, se adicionará el fallo apelado en tal sentido. Adicionalmente, se ordenará que tales conceptos, como los demás ordenados por el A quo, al momento de la devolución se realicen debidamente indexados, tal como lo ha señalado la Sala de Casación Laboral de la CSJ, entre otras, en sentencia SL 3321 del 26 de junio del 2021.

### **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 primera instancia a cargo de AFP Porvenir S.A.**

Frente a las costas, el art. 365 del CGP prevé que se debe condenar en costas a la parte vencida en el proceso, de manera que es procedente imponer costas de primera instancia en contra AFP Porvenir S.A., tal y como lo señaló el *a quo*, no siendo procedente su revocatoria y menos aun cuando, se opuso a todas las pretensiones de la demanda, como se puede observar de su contestación.

### **Costas en segunda instancia**

En segunda instancia se impondrán costas a cargo de Colpensiones y AFP Porvenir S.A., por no haber prosperado los recursos de apelación impetrados. 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,

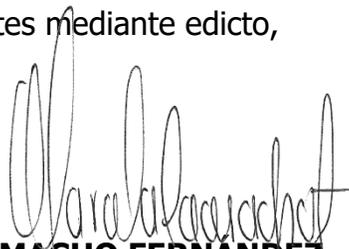
### **RESUELVE**

**PRIMERO: ADICIONAR** los numerales segundo y tercero de la sentencia proferida el 16 de septiembre de 2021, por el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá, y, en consecuencia, **ORDENAR a AFP PORVENIR S.A.** devolver a Colpensiones los porcentajes destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima que en su momento descontaron de la cuenta de ahorro individual de la actora, ordenando que dichos conceptos, así como los demás ordenados por el A quo se devuelvan debidamente indexados, conforme a lo motivado.

**SEGUNDO: CONFIRMAR** la sentencia en todo lo demás, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

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

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,

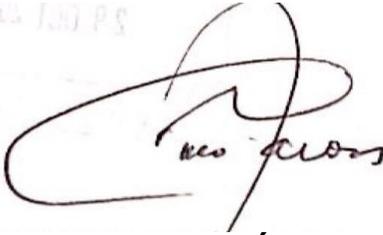


**DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ**  
Magistrada



**EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS**  
Magistrado

4123 1307 P S



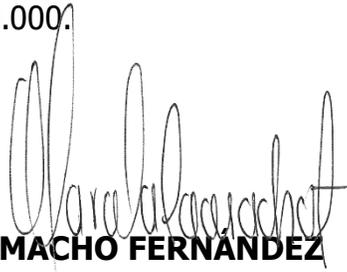
**LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR**

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 cada una de las demandadas AFP Porvenir S.A. y Colpensiones, el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$1.000.000.



**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:** SONIA JUDITH CAMARGO CAMARGO  
**Demandadas:** COLPENSIONES Y AFP PORVENIR S.A.  
**Radicado No.:** 08-2018-00540-01  
**Tema:** INEFICACIA DE TRASLADO

Bogotá D.C., veintinueve (29) de abril del dos mil veintidós (2022)

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.** Sonia Judith Camargo Camargo instauró demanda ordinaria contra Colpensiones y AFP Porvenir S.A. con el fin de que se declare la nulidad de la vinculación realizada por la demandante al RAIS y, en consecuencia, se ordene a la AFP convocada traslade a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e intereses de conformidad con el artículo 1746 del Código Civil. Así mismo, se ordene a Colpensiones a recibir a la demandante como afiliada; lo que resulte probado ultra y extra petita y costas del proceso. (fol. 4 a 21).

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que laboró en el Hospital San Antonio de Chía – Cundinamarca y el Hospital San Antonio de Guatavita durante 26 años aproximadamente; que desde el inicio de su vida laboral se afilió al RPMPD con la Caja Nacional de Previsión Social – CAJANAL y para 1995 se trasladó con la AFP Colpatria S.A., la cual no le brindó la información suficiente ni le otorgó una asesoría previa al traslado.

**2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.** Fue notificada en debida forma (fol. 42); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

### 3. Contestación de demanda

**3.1. Colpensiones.** Presentó contestación a la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones señalando que dentro del expediente obran pruebas suficientes que llevan a determinar que el traslado de la demandante se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, así como que el asesor suministró la totalidad de la información clara y precisa; que le corresponde a la parte actora desvirtuar la buena fe del fondo de pensiones; que el traslado efectuado goza de plena validez y el vicio alegado debe ser

probado; que se encuentra inmersa en la prohibición de la ley 797 de 2003; que la actora no es beneficiaria del régimen de transición; como excepciones propuso las que denominó prescripción; inexistencia del derecho y de la obligación; buena fe y finalmente la innominada o genérica. (fol. 58 a 65).

**3.2. AFP Porvenir S.A.** Al dar respuesta a la demanda se opuso a las pretensiones del libelo introductorio con fundamento en que la información que se le suministró a la demandante se encuentra acorde con las disposiciones legales, quien tomó una decisión informada. En su defensa propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa y genérica. (fol. 86 y ss).

**4. Fallo de Primera Instancia.** Terminó la instancia con sentencia del 2 de marzo de 2020, en la que el fallador de primera instancia declaró la nulidad y/o ineficacia del traslado realizado por la actora del RPMPD al RAIS y, en consecuencia, condenó a Colpensiones a admitir el traslado del régimen pensional; a la AFP Porvenir S.A. devolver todos los valores que hubiere recibido por motivo de la afiliación de la actora como cotizaciones, bonos pensionales, costos cobrados por administración y sumas adicionales con sus respectivos frutos, intereses y rendimientos; a Colpensiones aceptar todos los valores que devuelva la AFP Porvenir y efectuar los ajustes en la historia laboral. No condenó en costas.

La decisión del juez tuvo sustento en el artículo 13 literal b y artículo 271 de la Ley 100 de 1993; Decreto 663 de 1993; Decreto 656 de 1994; Ley 1328 de 2009; Decreto 2555 de 2010; Ley 1748 de 2014; Decreto 2071 de 2015; Ley 795 de 2003 y las sentencias SL 12316 de 2014, 13280 de 2014; 9804 de 2015, 4360 de 2019, 4426 de 2019, 447 de 2017 y la SL 1689 de 2019; aludiendo para tal efecto que la parte actora no cumple con los requisitos para ser beneficiaria del régimen de transición; que la AFP al momento del traslado debía cumplir con el deber de información; que la falta de información se constituye como un acto que atenta contra los derechos del trabajador; que las AFP deben prestar todos los servicios inherentes incluyendo el deber de información de forma eficaz, eficiente y oportuna; que el deber de información no es exclusivo de las personas que son beneficiarias del régimen de transición; que la inversión de la carga de la prueba opera a favor de la parte actora y es obligación de las AFP demostrar que suministraron la debida información para cada caso en específico; que no se aportaron medios de convicción para demostrar que se le brindó la información suficiente a la demandante; que del interrogatorio de parte no se desprende confesión alguna; que la simple suscripción del formulario de afiliación no demuestra el consentimiento informado.

**5. Impugnación y límites del ad quem.** Inconforme con la anterior decisión las siguientes partes recurrieron la decisión:

**5.1 Colpensiones.** En la oportunidad procesal pertinente interpuso recurso de apelación señalando que el despacho incurre en error al declarar la nulidad y/o ineficacia teniendo en cuenta que las causales y efectos son diferentes; que la información que le brindaron es cierta; que la demandante tuvo una asesoría donde se le indicó aspectos básicos del RAIS; que resulta relevante que la decisión de la actora haya sido precedida bajo el supuesto que el ISS se acabaría, ya que ella no estaba vinculada con el ISS sino con CAJANAL; que se verifica el cumplimiento de la obligación de los fondos privados con el respectivo formulario de afiliación, por lo que solicita se revoque de manera íntegra el fallo emitido en primera instancia.

**5.2. AFP Porvenir S.A.** En su alzada esgrimió que no es procedente declarar la nulidad y la ineficacia de un acto jurídico teniendo en cuenta que sus consecuencias jurídicas son distintas; que no existieron vicios en el consentimiento; que la actora suscribió el formulario de afiliación de manera libre y voluntaria; que la información que se le brindó es cierta; que al momento del traslado se encontraban en la primera etapa del deber de información; que se reúnen los requisitos del artículo 11 del Decreto 692 de 1994; que la demandante no contaba con ninguna expectativa legítima; que la Ley 100 faculta a la AFP para realizar cobros por la administración que genera sus aportes, por lo que solicita se revoque en su integridad el fallo proferido en primera instancia y sea absuelto de todas y cada una de las pretensiones.

## **6. Alegatos de conclusión**

**6.1. Demandante.** En su escrito de alegaciones solicitó que se confirme la sentencia de primer grado, teniendo en cuenta que el fondo de pensiones no demostró que le haya brindado una amplia, veraz, oportuna, pertinente, clara y completa información para efectos de llevar a cabo su traslado de régimen de pensiones, como lo exige la ley, motivo por el cual dicha afiliación es ineficaz, como acertadamente lo declaró el A quo.

**6.2. AFP Porvenir S.A.** Alegó en su favor indicando que no le asiste razón al fallador de primera instancia, por cuanto en este asunto no se acreditó la existencia de algún vicio del consentimiento con el cambio de régimen de la parte demandante, pues no se alegó y menos probó ningunas de las causales previstas en el artículo 1741 del Código Civil, lo que conduce a que el acto jurídico de vinculación sea eficaz.

Indicó que si lo que se pretende es declarar la ineficacia que prevé el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, esta norma en forma clara y sin lugar a interpretaciones distintas, establece que cualquier persona natural o jurídica, hubiera realizado actos atentatorios contra el libre derecho de elección del afiliado, se haría acreedor a una multa administrativa impuesta por el Ministerio de Trabajo, y si bien, menciona que quedará sin efecto la afiliación, también lo es que, bajo ninguna circunstancia se refiere si quiera por aproximación a lo dispuesto en los artículos 1740 y ss. conduce a que este acto goce de plena validez.

**6.3. Colpensiones.** Refirió en su escrito que no es procedente declarar que el contrato de afiliación suscrito entre el demandante y la AFP, es nulo, toda vez que obran dentro del presente proceso medios de prueba documentales suficientes, los cuales conllevan a determinar que el traslado efectuado por la accionante al Régimen de Ahorro Individual, se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, así como que el respectivo asesor del fondo privado, suministró la totalidad de la información clara y precisa, respecto de los efectos jurídicos que le acarrearía el trasladarse del Régimen de Prima media administrado por el Instituto de los Seguros Sociales, con destino al régimen de Ahorro Individual.

## **CONSIDERACIONES DE LA SALA**

Los recursos de apelación interpuestos por Colpensiones y la AFP Porvenir S.A. se estudiarán de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 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 en favor de Colpensiones por no haber apelado 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? Para lo cual se abordarán los siguientes problemas **jurídicos secundarios**: (i) ¿Los aportes o cotizaciones son requisito de validez del acto jurídico de la afiliación? (ii) ¿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?; (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 *ibidem*, 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, por ende habrá de modificarse la decisión para en su lugar declarar la ineficacia del traslado.

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

Se encuentra acreditado en el plenario que la señora Sonia Judith Camargo Camargo efectuó aportes bajo los empleadores HOSPITALES SAN ANTONIO DE CHÍA y GUATAVITA del 3 de noviembre de 1987 al 31 de julio de 1994 a la CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE CUNDINAMARCA – CAPRECUNDI, esto según historia válida para bono expedida por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público (fols. 115 y 116) y el formulario de afiliación a Colpatria (fol. 94), en el, que se indica venía de esa caja y posteriormente el 2 de mayo de 1995 se afilió al régimen de ahorro individual, administradora donde se encuentra actualmente realizando cotizaciones de conformidad con su historia laboral.

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 31 de julio de 1994, sin que se presenten aportes en ese régimen con posterioridad al 30 de junio de 1995, fecha en la que empezó a regir la Ley 100 de 1993 para servidores públicos del orden departamental, distrital y municipal, de conformidad con los artículos 151 *ejusdem* y 1º del Decreto 1068 de 1995. 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 COLPATRIA S.A. hoy PORVENIR S.A. que tuvo ocurrencia el 2 de mayo de 1995, un traslado, conforme pasa a exponerse:

La sala mayoritaria no desconoce que de conformidad con el artículo 3º del Decreto 692 de 1994, reglamentario de la Ley 100 de 1993, se establece que a partir del 1º 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, en el caso de los trabajadores particulares y desde el 30 de junio de 1995, para los servidores públicos del nivel departamental, municipal y distrital, 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 multifiliación.

De esta manera, quienes a partir de la vigencia del nuevo sistema general de pensiones requieren vincularse al sistema general de pensiones debían escoger entre uno y otro régimen, no pasando lo mismo con quienes antes del 1 de abril de 1994 y 30 de junio de 1995 se encontraban afiliados al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, 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, "*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*" y "*Los servidores públicos que se acojan al régimen solidario de prima media con prestación definida, y que al 31 de marzo de 1994 se encontraban vinculados a una caja, entidad de previsión o fondo del sector público, podrán continuar vinculados a dichas entidades mientras no se ordene su liquidación.*" (Negrilla fuera del texto), circunstancia esta última que acontece en el sub examine, pues la actora a pesar de no haber sufragado cotizaciones a la CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE CUNDINAMARCA – CAPRECUNDI con posterioridad al 30 de junio de 1995, si venía afiliada al régimen de prima media con prestación definida desde el 3 de noviembre de 1987, 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 1995, 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 1 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 30 de junio de 1995 no implica que la afiliada al régimen de prima media con prestación definida pierda la calidad de afiliada a ese régimen, ni tampoco que deba diligenciar un nuevo formulario de afiliación, pues en aquellos eventos, como acaeció en el sub examine, venía afiliada a la CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE CUNDINAMARCA – CAPRECUNDI desde el 3 de noviembre de 1987, y sin necesidad de nuevo formulario o afiliación al ISS, se

trasladó de régimen pensional el 2 de mayo de 1995 a la AFP COLPATRIA S.A. hoy PORVENIR S.A.

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

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

*(...)*

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

Ahora, ciertamente esta Sala de Decisión en anteriores pronunciamientos como en sentencia del 30 de noviembre de 2020, expediente 15-2016-00757-02 y sentencia de 25 de abril de 2021, expediente 37-2018-00039, se afincó en el criterio de exigir que el afiliado debe tener cotizaciones en el régimen de prima media con prestación definida con posterioridad al 1 de abril de 1994, de lo contrario se debía entender que la vinculación al RAIS constituye la afiliación inicial al régimen pensional, y por esa vía no estudiaba la ineficacia del traslado por no constituir un traslado de régimen en estricto sentido, sino una afiliación inicial al mismo; sea esta la oportunidad para rectificar el criterio y asumir 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, en el caso de trabajadores particulares y 30 de junio de 2015, para el caso de servidores públicos, vengán afiliados al régimen de prima media con prestación definida, independientemente de que tengan o no cotizaciones con posterioridad al citado régimen de prima media, y se afilian al RAIS, realizan un traslado de régimen pensional, y en ese orden 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 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 la AFP debía 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 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 información completa y comprensible, con la finalidad de orientarla como potencial afiliada, dando diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarla 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.

En el mismo sentido, la Sala observa que dentro del interrogatorio de parte absuelto por la demandante, tal y como lo menciona Colpensiones, la AFP Privada al momento del traslado solo le brindó información básica y esto no es suficiente para que se demuestre que en efecto brindó la información de manera particular e integral a la actora, presentándole todas las aristas de aquella decisión, pero nada de eso se encuentra acreditado, razón por la cual, se reafirma aún más la ineficacia por falta al deber de información.

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.

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

Respecto del asunto que gira en torno a que antes del traslado al RAIS venía cotizando a CAPRECUNDI, debe señalarse que en los términos del Decreto Departamental 1455 del 28 de junio de 1995, modificado por los Decretos 1900 del 22 de julio de 1995 y 2815 de 1997, el artículo 1746 del C.C., y los predicamentos de la jurisprudencia de esta jurisdicción, en especial en las sentencias con Rad. 31898 de 2008, reiterada en la SL 4989 de 2018, SL 1429 de 2019 y más recientemente en la SL2208 de 2021, se señala que los aportes deben ser recibidos por COLPENSIONES, tal como lo señaló el fallador de primera instancia.

Lo anterior, teniendo en cuenta que Colpensiones administra el RPMPD, al margen de que tenga la actora aportes de la Caja de Previsión Social de Cundinamarca y el Fondo de Pensiones y Cesantías del Departamento de Cundinamarca que la sustituyó haya quedado a cargo en lo relacionado con el reconocimiento y pago de pensiones, pues de conformidad con el con el artículo 12 de la Ley 100 de 1993, el Decreto 692 de 1994 y el Decreto Departamental 1455 del 28 de junio de 1995, modificado por los Decretos 1900 del 22 de julio de 1995 y 2815 de 1997, a partir del 30 de junio de 1995, debe entenderse que aquel régimen previsional administrado por CAPRECUNDI, quedó incorporado al RPMPD administrado por el otrora ISS, hoy Colpensiones (SL2817 de 2019).

En este punto conviene advertir que al quedar sin efecto la afiliación de la actora al RAIS, en principio su vinculación con CAPRECUNDI, administradora que fue sustituida por el Fondo de Pensiones y Cesantías del Departamento de Cundinamarca y a la que se encontraba afiliada al momento del traslado de régimen, quedaría incólume. No obstante, como quiera que el Decreto 2815 de 1997 ordenó que el Fondo de Pensiones y Cesantías del Departamento de Cundinamarca sustituyera a la citada Caja, por manera que quedó a cargo únicamente del reconocimiento y pago de pensiones que se causarían a los servidores públicos antes del 1 de enero de 1995, además, dispuso que CAPRECUNDI quedaría liquidada antes del 31 de diciembre de 1995, es claro que existe una imposibilidad jurídica para ordenar el retorno de los aportes efectuados por la actora a dicha entidad, máxime cuando los demás servidores públicos del Departamento quedaron

incorporados al Sistema General de Pensiones previsto en la Ley 100 de 1993, mediante Decreto Departamental 017 de 1995.

Conforme a lo anterior, y atendiendo lo preceptuado en los Decretos Departamentales 1455 del 28 de junio de 1995, modificado por los Decretos 1900 del 22 de julio de 1995 y 2815 de 1997 y 017 de 1995, encuentra la Sala que la obligación de aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante compete a Colpensiones, pues nótese que aunque el Fondo de Pensiones y Cesantías del Departamento de Cundinamarca quedó a cargo de recaudar el valor de la cotización legal de los funcionarios, ello lo fue únicamente en razón a aquellos que causen su pensión al 31 de diciembre de 1995 y no se hayan vinculado a ninguna administradora de pensiones.

Ahora, 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 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). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima (CSJ SL 2208-2021).

Conforme a ello, no resulta atendible lo afirmado por el apoderado de la AFP Porvenir S.A., pues es claro procede la devolución de todos los aportes, cotizaciones, bonos pensionales y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración, como acertadamente lo indicó el A quo en sus consideraciones.

De otro lado, hay que precisar que los conceptos de la Superintendencia Financiera no son vinculantes, pues así lo ha establecido la CSJ desde vieja data: *"...las hechas por la Superintendencia Bancaria, no tienen el carácter de ser judiciales ni vinculan a los jueces"*

(Radicado 17784 de 2002). Tampoco es aplicable al presente caso el artículo 113 de la Ley 100 de 1993 como quiera que 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.

Aunado a que en estos procesos de ineficacia de traslado no se estudia si la gestión del fondo demandado fue buena o no y por tanto se generaron unos rendimientos, pues lo que se debe revisar es si la AFP privada brindó la información necesaria a la demandante al momento en que se efectuó el traslado, ya que la devolución de los rendimientos, gastos de administración, comisiones, así como el porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y demás conceptos es la consecuencia ante el incumplimiento del deber legal de brindar la asesoría pertinente a sus futuros afiliados.

Ahora, teniendo en cuenta que en la parte resolutive del fallo proferido en primera instancia no se condenó a la AFP Porvenir S.A. a transferir a Colpensiones las sumas descontadas por concepto del porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, así como comisiones, se adicionará el fallo apelado en tal sentido. Adicionalmente, se ordenará que tales conceptos, como los demás ordenados por el A quo, al momento de la devolución se realicen debidamente indexados, tal como lo ha señalado la Sala de Casación Laboral de la CSJ, entre otras, en sentencia SL 3321 del 26 de junio del 2021.

### **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**

En segunda instancia se impondrán costas a cargo de Colpensiones y AFP Porvenir S.A., por no haber prosperado los recursos de apelación impetrados. 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 1º de la sentencia proferida el 2 de marzo de 2020 por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, el cual quedará de la siguiente manera:

***"PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA del traslado del RPMPD al RAIS efectuada por la señora SONIA JUDITH CAMARGO CAMARGO a través de COLPATRIA, hoy PORVENIR S.A."***

**SEGUNDO: ADICIONAR** al numeral 3° de la sentencia consultada y apelada y, en consecuencia, **ORDENAR** a **AFP PORVENIR S.A.** devolver a Colpensiones las comisiones, el porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima que en su momento descontaron de la cuenta de ahorro individual de la actora, ordenando que dichos conceptos, así como los demás ordenados por el A quo se devuelvan debidamente indexados, conforme a lo motivado.

**TERCERO: CONFIRMAR** en todo lo demás la sentencia, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

**CUARTO: CONDENAR** en **COSTAS** en esta instancia en favor de la demandante y a cargo de AFP Porvenir 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  
**(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 cada una de las demandadas AFP Porvenir S.A. y Colpensiones, el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$1.000.000.

**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:** LUZ AMELIA AMADO MONTOYA  
**Demandadas:** COLPENSIONES, AFP PORVENIR S.A. y SKANDIA S.A.  
**Radicado No.:** 03-2019-00004-01  
**Tema:** INEFICACIA DE TRASLADO - ADICIONA

Bogotá D.C., veintinueve (29) de abril del dos mil veintidós (2022)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1º del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1º 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.** Luz Amelia Amado Montoya instauró demanda ordinaria contra Colpensiones, AFP Porvenir S.A. y Skandia Fondos de Pensiones y Cesantías S.A. con el propósito de que se declare nula o ineficaz la afiliación al RAIS y que como consecuencia se condene a la primera de las citadas registrar que la afiliación fue nula o ineficaz; a Skandia Fondos de Pensiones y Cesantías S.A. devolver a Colpensiones la totalidad del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos gastos de administración. En subsidio de lo anterior, solicitó que se condene que Skandia Fondos de Pensiones y Cesantías S.A. tiene la obligación de cancelar las diferencias entre la pensión reconocida en el RAIS y la pensión que hubiera podido recibir en Colpensiones. En todo caso pidió lo que resulte probado ultra y extra petita y costas del proceso.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que nació el 2 de septiembre de 1963 y que inició su vida laboral el 18 de septiembre de 1989, efectuando aportes al ISS. Refirió que el 11 de abril de 1994 se afilió a la AFP Horizonte S.A. hoy Porvenir S.A., administradora que omitió su deber de información, ya que no le brindó la suficiente asesoría para que tomara la decisión de manera informada. Agregó que se afilió a la AFP Colfondos en el mes de enero de 2005 y posteriormente en el año 2017 a Skandia Fondos de Pensiones y Cesantías S.A., quienes tampoco le ofrecieron información o asesoría sobre las condiciones de su traslado. (Fol 4 a 21)

**2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.** Fue notificada en debida forma (fol. 143); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

### 3. Contestación de demanda

**3.1. Colpensiones.** Presentó contestación a la demanda con oposición a todas y cada de las pretensiones de esta, aduciendo que no tuvo nada que ver con la decisión de

traslado que de manera libre y espontánea realizó la demandante al RAIS. Indicó que el actual fondo es quien debe reconocer la prestación a la actora en igual o mejores condiciones a las que hubiere tenido en el RPMPD. Como excepciones 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 genérica. (fols. 130 a 137).

**3.2. Skandia Fondos de Pensiones y Cesantías S.A.** En su contestación al libelo demandatorio se opuso a la totalidad de las pretensiones incoadas en su contra señalando que de conformidad con la ley, la selección de régimen pensional es libre y voluntaria, la cual se materializó con la suscripción del formulario de afiliación, mismo que se realizó con el seguimiento con cada uno de los lineamientos del ordenamiento jurídico. Refirió que de prosperar alguna pretensión de la demanda, solo estaría obligada a trasladar a Colpensiones los aportes realizados y los rendimientos generados. En su defensa propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa, inexistencia de la obligación, buena fe y genérica. (fols. 87 a 103).

**3.3. AFP Porvenir S.A.** Al dar respuesta se opuso a las pretensiones de la demanda con fundamento en que el traslado se efectuó con el lleno de los requisitos establecidos por la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios, por tal motivo se requiere demostrar que efectivamente omitió su deber de información y que no existen motivos de hecho ni de derecho para declarar la nulidad del traslado solicitada. Formuló las excepciones que denominó prescripción, falta de causa para pedir, inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo e innominada. (fols. 147 a 155).

**4. Fallo de Primera Instancia.** Terminó la instancia con sentencia del 17 de febrero de 2020, en la que el fallador de primera instancia declaró la ineficacia del traslado de la demandante del RPMPD al RAIS y, en consecuencia, condenó a la AFP Old Mutual S.A. hoy Skandia Fondos de Pensiones y Cesantías S.A. a trasladar a Colpensiones todos los valores que recibió con motivo de la afiliación por concepto de cotizaciones obligatorias, voluntarias en el evento de haberlas hecho, bonos pensionales de estar redimidos, con todos los rendimientos financieros e intereses causados. Ordenó a Colpensiones que acepte el traslado de los dineros que efectúe la demanda y proceda la activación de la afiliación de la actora, como si nunca se hubiese trasladado de régimen. Finalmente, gravó en costas.

La decisión del Juez tuvo sustento en el Decreto 720 de 1994; el artículo 1604 del Código Civil; y las sentencias SL 31989 de 2008, 54814 de 2018, 17595 de 2017, 1421 de 2019, 65791 de 2019 y la 4222 de 2017; señalando que de los interrogatorios de parte no se desprende ninguna confesión; que no se aprecia la manifestación de la voluntad de la demandante en las pruebas allegadas; que los promotores debían suministrar información suficiente a los posibles afiliados; que el engaño se produce no solo en lo que se afirma sino en los silencios que guarda el profesional de información que es relevante; que corresponde a la AFP allegar prueba de la información brindada a los afiliados; que desde su fundación las AFP debían brindar la información suficiente y necesaria para que el potencial afiliado tome una decisión objetiva; que se debe retornar con destino a Colpensiones los valores que recibió con motivo de afiliación como cotizaciones, aportes voluntarios, bonos pensionales y rendimientos financieros y finalmente que no es posible aplicar la prescripción.

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

**5.1. Colpensiones.** Dentro de la oportunidad procesal pertinente interpuso recurso de apelación solicitando que sea absuelta teniendo en cuenta que es un tercero que no tuvo injerencia alguna al momento de realizar el traslado, a más porque la demandante no estuvo por más de 25 años en el RPMPD, aspecto que generaría una afectación al principio de sostenibilidad financiera.

**5.2. AFP Porvenir S.A.:** En su alzada solicitó se revoque cada una de las condenas o aspectos que le sean desfavorables, indicando que la promotora del litigio permaneció en el RAIS por más de 25 años, llevando a concluir su deseo de permanecer en el régimen. Refirió que aquella realizó afiliaciones con otras AFP lo que se constituiría en actos de relacionamiento.

## **6. Alegatos de conclusión**

**6.1. AFP Porvenir S.A.** En su escrito de alegaciones indicó que el traslado efectuado por la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) se realizó de manera libre, voluntaria y consiente, tal y como se expresa en el formulario de afiliación, cuya forma preimpresa se encuentra autorizada por la ley, siendo dicho documento prueba de la libertad de afiliación. Consideró que el traslado de la demandante reviste de completa validez en la medida que se cumplió a cabalidad con las obligaciones que le correspondían en materia de información, atendiendo los parámetros establecidos en las normas vigentes en ese momento, las cuales, debe aclararse, no exigían una información en los términos reclamados en la demanda y argumentados en el fallo de primera instancia, puesto que esa información tan rigurosa solo vino a ser determinada con mucha posterioridad.

**6.2. Colpensiones.** Argumentó que no es dable acceder a las pretensiones impetradas por la parte demandante, por cuanto la misma se encuentra dentro de la prohibición legal establecida por el legislador en la Ley 797 de 2003. Refirió que la parte demandante señala haberse trasladado por medio de la presunta ignorancia del sujeto "débil" de la relación contractual, la cual a la postre termina siendo un error sobre los elementos esenciales del negocio jurídico, que para el presente eran totalmente sanables o no podría emplearse tal categorización, ya que el error residiría en el ejemplo que nos ha otorgado la doctrina civil, ello es en la que el sujeto compra una barra de plomo creyendo que es de plata, lo que traído al caso en concreto no es aplicable, ya que en primera medida en el RAIS es posible pensionarse con una mesada superior al RPM, así mismo el RAIS al ser de capital permite que la persona pueda pensionarse en cualquier tiempo siempre y cuando cuente con los fondos económicos mínimos para ello, por ultimo sobre la presunta información que el ISS se iba a acabar no es del todo falso, teniendo en cuenta que surgió Colpensiones en su lugar.

## **CONSIDERACIONES DE LA SALA**

Los recursos de apelación interpuestos por AFP Porvenir S.A. y Colpensiones se estudiarán de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 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 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 aquella 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 y/o la ineficacia 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 Luz Amelia Amado Montoya se afilió a la otrora ISS hoy Colpensiones desde el 18 de septiembre de 1989 y realizó aportes hasta el 1 de junio de 1993 conforme a la Historia allegada por Colpensiones (Cd. a fol. 142). Según registra el SIAFP la actora se trasladó el 29 de abril de 1994 a la AFP Horizonte (fol. 157); posteriormente suscribió formulario de afiliación con la AFP Colpatria S.A. con fecha del 26 de octubre de 1998 (fol. 156); así mismo, suscribió vinculación con la AFP Colfondos, pues conforme a la historia laboral vista a folios 108 a 111, la promotora de la Litis realizó aportes entre abril de 2005 a octubre de 2010, de junio de 2011 a junio de 2012, octubre de 2010 a febrero 2017; finalmente, presentó afiliación con Skandia Fondos de Pensiones y Cesantías S.A. el 2 de septiembre de 2010, 2 de mayo de 2012 y 4 de enero de 2017, administradora donde se encuentra actualmente realizando cotizaciones de conformidad con su historia laboral.

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 1 de junio de 1993, sin que se presenten aportes en ese régimen con posterioridad al 1 de abril de 1994, sin embargo, ello no es óbice para mantener la calidad de afiliada al régimen de prima media con prestación definida, siendo su vinculación al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. que tuvo ocurrencia el 29 de abril de 1994, un traslado, conforme pasa a exponerse:

La sala mayoritaria no desconoce que de conformidad con el artículo 3º del Decreto 692 de 1994, reglamentario de la ley 100 de 1993, se establece que a partir del 01º 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 1º de abril de 1994, pues solo a partir de la expedición de la Ley 100 de 1993 coexisten

dos regímenes de pensiones excluyentes, deber estatuido también con la finalidad de prevenir casos de multifiliación.

De esta manera, quienes a partir de la vigencia del nuevo sistema general de pensiones requirieran vincularse al sistema general de pensiones debían escoger entre uno y otro régimen, no pasando lo mismo con quienes antes del 01 de abril de 1994 se encontraban afiliados al otrora ISS, hoy COLPENSIONES, ya que es el mismo Decreto el que establece a renglón seguido en el artículo 4° que seguirán vinculados al régimen de prima media con prestación definida, entre otros *“los trabajadores del sector privado y los afiliados voluntarios que seleccionen el régimen solidario de prima media con prestación definida deberán vincularse al Instituto de los Seguros Sociales, ISS, **o continuar vinculados a éste si ya lo están**”*, (Negrilla fuera del texto), circunstancia esta última que acontece en el sub examine, pues 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 19 de noviembre de 1985, y de ninguna manera puede considerarse que la falta de cotizaciones le haga perder tal condición, pues ello sería tanto como desconocer su vinculación y cotizaciones al sistema pensional antes de 1994, máxime cuando la afiliación al régimen pensional es única, permanente y vitalicia, pues así lo ha adoctrinado la Corte Suprema de Justicia desde vieja data, en los anteriores términos:

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

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

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

De lo anterior, de manera cristalina se logra establecer que la falta de cotizaciones al 1 de abril de 1994 no implica que el afiliado al régimen de prima media con prestación definida pierda la calidad de afiliado a ese régimen, ni tampoco que deba diligenciar un nuevo formulario de afiliación, pues en aquellos eventos, como acaeció en el sub examine, venía afiliada al ISS desde el 18 de septiembre de 1989, y sin necesidad de nuevo formulario o afiliación al ISS, se trasladó de régimen pensional el 29 de abril de 1994 a la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR S.A.

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

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

(...)

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

Ahora, ciertamente esta Sala de Decisión en anteriores pronunciamientos como en sentencia del 30 de noviembre de 2020, expediente 15-2016-00757-02 y sentencia de 25 de abril de 2021, expediente 37-2018-00039, se afincó en el criterio de exigir que el afiliado debe tener cotizaciones en el régimen de prima media con prestación definida con posterioridad al 1 de abril de 1994, de lo contrario se debía entender que la vinculación al RAIS constituye la afiliación inicial al régimen pensional, y por esa vía no estudiaba la ineficacia del traslado por no constituir un traslado de régimen en estricto sentido, sino una afiliación inicial al mismo; sea esta la oportunidad para rectificar el criterio y asumir 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 1° de abril de 1994 venga afiliados al régimen de prima media con prestación definida, independientemente de que tengan o no cotizaciones con posterioridad al citado régimen de prima media, y se afilian al RAIS, realizan un traslado de régimen pensional, y en ese orden 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 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 1994- la CSJ ha señalado que la AFPs 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 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 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 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 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, tampoco si cumple con los requisitos establecidas en la

sentencia SU 062 de 2010, como quiera que no nos encontramos frente a una **solicitud de traslado** sino de ineficacia del traslado.

### **Traslado entre las diferentes AFP del RAIS no sana la ineficacia generada por la falta de información**

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 S.A. en el año 1994, 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 29 de abril de 1994, 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**

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 las AFPs privadas están 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). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del **porcentaje destinado a seguros previsionales** y a **constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima** (CSJ SL 2208-2021).

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 SL2877-2020, 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, comisiones, porcentajes destinados a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima por parte de AFP Horizonte y Colpatria hoy AFP Porvenir S.A. y Skandia Fondo de Pensiones y Cesantías S.A. (durante el tiempo de permanencia del actor en cada AFP), con destino a Colpensiones.

Ahora, como no se hizo extensiva la condena a AFP Skandia Fondo de Pensiones y Cesantías S.A, asimismo, no congloba de manera expresa los conceptos de gastos de administración, comisiones, porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, habrá de adicionarse la sentencia en este ítem. Así mismo, se ordenará que tales conceptos, como los demás ordenados por la A quo, al momento de la devolución se realicen debidamente indexados, tal como lo ha señalado la Sala de Casación Laboral de la CSJ, entre otras, en sentencia SL 3321 del 26 de junio del 2021.

De otro lado, hay que precisar que los conceptos de la Superintendencia Financiera no son vinculantes, pues así lo ha establecido la CSJ desde vieja data: "...las hechas por la Superintendencia Bancaria, no tienen el carácter de ser judiciales ni vinculan a los jueces" (Radicado 17784 de 2002). Tampoco es aplicable al presente caso el artículo 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.

Aunado a que en estos procesos de ineficacia de traslado no se estudia si la gestión del fondo demandados fue buena o no y por tanto se generaron unos rendimientos, pues lo

que se debe revisar es si la AFP privada brindó la información necesaria al demandante al momento en que se efectuó el traslado al ISS, ya que la devolución de los rendimientos, gastos de administración, comisiones, así como el porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y demás conceptos es la consecuencia ante el incumplimiento del deber legal de brindar la asesoría pertinente a sus futuros afiliados.

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 de la afiliada, la Sala considera que es igualmente imprescriptible.

### **Costas**

En segunda instancia se impondrán costas a cargo de Colpensiones y AFP Porvenir S.A., por no haber prosperado los recursos de apelación impetrados. 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** la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá el 17 de febrero de 2022 y, en consecuencia, **CONDENAR a SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, a trasladar con destino a **COLPENSIONES**, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, por concepto de gastos administración en que hubiere incurrido, así como comisiones, rendimientos, el porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, de manera indexado desde el momento en que se surtió la afiliación hasta el momento en que la demandante decidió trasladarse a **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**, de conformidad con lo motivado.

**SEGUNDO: ADICIONAR** el numeral segundo de la sentencia apelada y consultada y, en consecuencia, **ORDENAR a SKANDIA FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**

devolver a Colpensiones los gastos de administración, comisiones, rendimientos, el porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima que en su momento descontaron de la cuenta de ahorro individual de la actora, ordenando que dichos conceptos, así como los demás ordenados por el A quo se devuelvan debidamente indexados, conforme a lo motivado.

**TERCERO: CONFIRMAR** la sentencia en todo lo demás, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

**TERCERO: CONDENAR** en **COSTAS** en esta instancia en favor de la demandante y a cargo de AFP Porvenir 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  
**(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 cada una de las demandadas AFP Porvenir S.A. y Colpensiones, el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$1.000.000.

**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**  
Magistrada