



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

LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 011 2019 00147 02
DEMANDANTE: ALBA ROCIO CALDERÓN LÓPEZ
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, COLFONDOS PENSIONES Y CESANTIAS S.A., SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. Y OLD MUTUAL SKANDIA PENSIONES Y CESANTIAS S.A.

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

SENTENCIA

La Sala decide los recursos de apelación interpuestos por Protección S.A., Old Mutual S.A. y Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Cuarenta Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 9 de septiembre de 2021. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última Administradora.

Este proceso ha pasado a la suscrita Magistrada por ponencia no aceptada por la mayoría, en consideración a que el proyecto inicial carecía de armonía y concordancia entre las valoraciones probatorias y las disertaciones jurídicas de la parte considerativa, y la decisión plasmada en la parte resolutive. Ello, como quiera que si bien, se confirmaba la sentencia de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado, la única motivación del proveído era que la Sala de Casación Laboral y Penal por vía de tutela ha dejado sin efectos algunas decisiones proferidas por este Tribunal que se apartaban del precedente sentado sobre la materia. Empero la argumentación legal y el análisis probatorio estaba dirigido a sustentar los motivos por los cuales se consideraba que no debía declararse ineficaz el acto jurídico del traslado (artículo 280 del Código General del Proceso).

En consecuencia, se consideró que una decisión en ese sentido podría quebrantamiento de las garantías fundamentales al debido proceso, a la defensa y al acceso a la administración de justicia (artículos 29, 228 y 229 de la Constitución Política), por carecer de “*congruencia interna*” que, según la Sala de Casación Laboral “(...) *exige armonía y concordancia entre las conclusiones judiciales derivadas de las valoraciones fácticas, probatorias y jurídicas implícitas en la parte considerativa, con la decisión plasmada en la parte resolutive. Por tanto, el fallo conforma un todo inescindible, un acto complejo, una unidad temática, entre la parte motiva y la resolutive*” (CSJ SL2808-2018, reiterada en la CSJ SL440-2021).

Según la Corte Constitucional, la obligación de motivar las decisiones judiciales exige un esfuerzo argumentativo con “*miras a justificar su decisión y, por lo tanto, a convencer a las partes, a los demás jueces y al público en general, de que su resolución es la correcta*”. (C CC-145-1998). Así mismo, el deber de motivación, además de ser una fuente de legitimación de la actividad judicial en un estado democrático, constituye un mecanismo que le permite al ciudadano conocer las razones de una decisión, para poder controvertirla y ejercer su derecho de defensa.

La misma Corporación ha puntualizado que:

Desde el punto de vista del operador judicial, la motivación consiste en un ejercicio argumentativo por medio del cual el juez establece la interpretación de las disposiciones normativas, de una parte, y determina cómo, a partir de los elementos de convicción aportados al proceso y la hipótesis de hecho que se construye con base en esos elementos, es posible subsumir el caso concreto en el supuesto de hecho de una regla jurídica aplicable al caso. En el estado constitucional de derecho, la motivación adquiere mayor importancia. (CC T-214- 2012).

I. ANTECEDENTES

La accionante pretendió que se declare «*nula de pleno derecho la afiliación*» al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) a través de la AFP Old Mutual hoy Skandia S.A. realizada el 7 de junio de 2010; que tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez prevista en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la

Ley 797 de 2003, una vez cumpla los requisitos. En consecuencia, se ordené a la AFP Old Mutual S.A. trasladar a Colpensiones la totalidad del capital acumulado en su cuenta de ahorro individual, junto con sus rendimientos y ganancias, sin ningún descuento por concepto de gastos de administración. Así mismo, pidió se ordenara a Colpensiones a actualizar la historia laboral y activar la afiliación; se condene a Old Mutual S.A. a pagar intereses moratorios sobre las obligaciones de tracto sucesivo; se disponga a reconocer los derechos a que haya lugar en virtud de las facultades ultra y extra *petita*, y las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 6 de agosto de 1963, y cotizó al Instituto de Seguros Sociales hasta el 28 de octubre de 1996, cuando se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de Colfondos S.A., entidad en la que permaneció un tiempo, pues luego se cambió a Protección S.A. y a Old Mutual S.A. Adujo que para la época en que cumplió 47 años, estaba afiliada a Protección S.A., AFP que omitió informarle la posibilidad de retornar al RPM, y las diferencias en el reconocimiento de la pensión en cada uno de los regímenes. Finalmente, adujo que solicitó el cambio de régimen a Old Mutual y Colpensiones, sin obtener resultado favorable (expediente digital archivo 01 fls. 7 a 25).

Colpensiones se opuso a la prosperidad de las súplicas. Admitió la fecha de nacimiento, la afiliación al Instituto de Seguros Sociales y la reclamación administrativa. Manifestó que los restantes hechos no le constan o no son ciertos. Formuló las excepciones de descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de la causal de nulidad y las demás declarables oficiosamente. En su defensa, señaló que para el momento del traslado la demandante no contaba con ninguna expectativa legítima de pensión, y en la actualidad se encuentra incurso en una prohibición legal de retornar al régimen de prima media en razón a la edad (expediente digital archivo 01 fls. 182 a 219).

La AFP Old Mutual también se resistió a las pretensiones. Admitió la fecha de nacimiento, la afiliación a ese fondo, la solicitud de traslado y su negativa a acceder a sus peticiones. Anotó que no le constan los restantes hechos. Propuso las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe y las declarables oficiosamente. Argumentó que no se configura ninguna causal de nulidad para ordenar la ineficacia del traslado, y que no era procedente la orden de traslado al RPM por fuera de los términos establecidos en la ley (expediente digital, archivo fls. 225 a 237, subsanación archivo 03).

La AFP Protección S.A. rechazó la totalidad de las suplicas. Aceptó la afiliación a este fondo y la solicitud con su respuesta. Arguyó que no son ciertos o no le constaban los demás hechos. Planteó las excepciones de validez de la afiliación a Santander hoy Protección S.A., buena fe, inexistencia del vicio de consentimiento con error de derecho y las demás declarables de oficio. Alegó que la actora no puede regresar al régimen de prima media porque está impedida para hacerlo en razón a su edad actual, y porque su traslado al RAIS de dio de forma libre y voluntaria (expediente digital, archivo 01 fls. 287 a 297).

Colfondos S.A. se opuso a ser condenada en costas. Aceptó la fecha de nacimiento, la afiliación a este fondo y los traslados horizontales. Dijo que los demás hechos no le constan, y propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de la legitimación en la causa por pasiva, prescripción de la acción para solicitar la anulación del traslado, no se presentan los presupuestos legales y jurisprudenciales para hacer merecedora de un traslado al régimen de prima media con prestación definida RPM, buena fe, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, compensación y pago, obligación a cargo de un tercero, nadie puede ir en contra de sus propios actos, petición antes de tiempo y ausencia de vicios del consentimiento. En su defensa, refirió que el deber de asesoría se cumplió bajo los lineamientos legales emanados por la Superintendencia Financiera, e indicó que la accionante se afilió de forma libre y espontánea, de suerte que no se configuró alguno de los

vicios en el consentimiento. Adujo que la acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita (expediente digital archivo 019).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Cuarenta Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 9 de septiembre de 2021, resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado que de régimen pensional realizó la demandante Alba Roció Calderón López del régimen de prima media con prestación definida, administrada por ese momento por el Instituto de Seguros Sociales al régimen de ahorro con solidaridad administrado por Colfondos S.A.

SEGUNDO: ORDENAR a Old Mutual S.A. a trasladar a Colpensiones todos los valores que hubiese recibido con motivo de la afiliación de la actora como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, junto con frutos, intereses y rendimientos.

TERCERO: ORDENAR a Colfondos S.A., Protección S.A. y Old Mutual S.A. a reintegrar a Colpensiones de su propio patrimonio e indexados los deterioros sufridos por recursos administrados a la actora incluidos gastos de administración, comisiones y primas de servicio.

CUARTO: ORDENAR a Old Mutual S.A. a realizar todos los trámites administrativos tendientes a normalizar la afiliación de la demandante en el sistema de información de administración de administradoras de fondos de pensiones y entregar a Colpensiones y el archivo y detalle de los aportes realizados por la actora durante su permanencia en el RAIS.

QUINTO: ORDENAR a Colpensiones que acepte a la actora en el régimen de prima media, reactive su afiliación sin solución de continuidad y corrija su historia laboral conforme a los dineros que le sean trasladados por parte del RAIS.

SEXTO: DECLARAR no probadas las excepciones de mérito propuestas.

SÉPTIMO: Sin costas.

OCTAVO: Consultar esta sentencia con el superior funcional Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

Como sustento de su decisión, concluyó que procedía la ineficacia del acto jurídico cuestionado, como quiera que en el plenario no quedó demostrado que Colfondos S.A. al momento del traslado hubiera brindado a la promotora del litigio información completa y comprensible sobre las características del RAIS y las implicaciones que el cambio tendría en su futuro pensional. Señaló que tal circunstancia no se acredita con la suscripción del formulario de vinculación.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, las enjuiciadas interpusieron el recurso de apelación.

La AFP Protección S.A solicitó revocar el proveído de primer grado, en cuanto le ordenó trasladar los gastos de administración. Esto, toda vez que estas sumas fueron descontadas por mandato legal y compensan la gestión de la administradora que generó rendimientos que también se ordena enviar a Colpensiones.

La AFP Skandia S.A., arguyó que la jurisprudencia es un criterio auxiliar y los jueces están sometidos al imperio de la ley, por ello no es procedente ordenar la devolución de gastos de administración y de aportes a garantía de pensión mínima, porque la Ley 100 de 1993, faculta a las AFP para hacer dichos cobros, los que en todo caso no fueron solicitados en la demanda. Expuso que los supuestos fácticos de las jurisprudencias invocadas para resolver no son semejantes a los del asunto bajo examen. Alegó que la Superintendencia Financiera ha conceptuado que lo procedente es el traslado de los aportes junto con los rendimientos. Afirmó que sobre los referidos gastos opera el fenómeno de la prescripción.

Colpensiones, solicitó se revocara el fallo confutado, dado que atenta contra el principio de sostenibilidad financiera. Lo anterior, en tanto

la entidad deberá reconocer la prestación de vejez con recursos del erario, a quien nunca contribuyó al fondo común, y cuyos recursos provenientes del RAIS no son suficientes para financiar la prestación. De confirmarse tal decisión, solicitó ordenar al fondo que adelantó el traslado o a la accionante cancelar el cálculo actuarial que compense la descapitalización del sistema.

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

De conformidad con el artículo 69 del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social, al ser la sentencia de primera instancia adversa a Colpensiones, entidad de la que es garante la Nación, también es procedente abordar su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

V. CONSIDERACIONES

Para definir si procede la declaratoria de ineficacia de traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuado por la actora, importa recordar que el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 114 *ibidem*, permiten al afiliado la selección libre y voluntaria del régimen pensional; por su parte, el artículo 271 del mismo estatuto, señala las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, y ordena dejar sin efecto dicho acto, y realizar uno nuevo sin presiones.

El numeral 1 del artículo 97 del Decreto Ley 663 de 1993 -Estatuto Orgánico del Sistema Financiero-, vigente para la época en que la actora se trasladó de régimen, prevé la obligación que recae sobre las entidades de seguridad social de suministrar a los usuarios información necesaria, clara, veraz y objetiva para que se elijan las mejores opciones del mercado (CSJ SL1688-2019).

Por su parte, el artículo 4 del Decreto 656 de 1994, estipula que *“las administradoras son instituciones de carácter provisional y, como tales, se*

encuentran obligadas a prestar en forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a dicha calidad. Por lo tanto, serán responsables de los perjuicios que por su culpa leve se puedan ocasionar a los afiliados”.

Así mismo, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 establece que *“los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado”.*

La Sala de Casación Laboral, en proveído CSJ SL3464-2019, reiteró que desde la sentencia CSJ SL1688-2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a esta obligación, debe abordarse desde aquella institución. De otra parte, en sentencias CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL19447-2017 y CSJ SL1421-2019, esta misma Corporación indicó que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringe *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”*, situación que no se configura con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues se requiere contar con elementos de juicio suficientes para entender las consecuencias de la decisión. Además, que la firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (CSJ STL3202-2020, CSJ STL3201-2020, CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020, CSJ SL3050-2021 y CSJ SL150-2022).

Ese deber de información, según las reglas jurisprudenciales descritas, de acuerdo con la época en que se efectúa el traslado, incluye la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que conlleva dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios

pensionales. Además, el análisis calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle. Al respecto, importa recordar que el artículo 2, parágrafo 1 de la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, establecen que los usuarios que deseen trasladarse de régimen deben recibir asesoría de representantes de ambos regímenes, como condición previa para que proceda el mismo.

El máximo órgano de cierre de esta jurisdicción, también señaló que para el efecto no importa si el afiliado era beneficiario del régimen de transición, o tenía una expectativa legítima de acceder a la pensión, dado que en todos los casos es menester se cumpla con el deber de orientación como requisito sustancial (CSJ SL1688-2019, CSJ STL3202-2020, CSJ STL3201-2020, CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021). Útil es recordar que en proveído CSJ SL689-2019, se indicó que tratándose de asuntos como el que ahora llama la atención de la Sala, la carga de la prueba se invierte, por manera que recae sobre la administradora de pensiones el deber de demostrar que informó y asesoró al potencial afiliado como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional.

VI. CASO CONCRETO

Así las cosas, y en aras de resolver los planteamientos esbozados por las enjuiciadas, esta Sala empieza por analizar el reporte de semanas, en tanto de este se evidencia que el 1 de julio de 1986, la demandante se afilió al Instituto de Seguros Sociales (expediente digital, archivo 02); así mismo, el formulario de afiliación (expediente digital, archivo 01 fl. 81), da cuenta que el 28 de octubre de 1996, aquella migró a Colfondos S.A., tras haber suscrito dicho documento, del que se lee:

HAGO CONSTAR QUE LA SELECCIÓN DEL RÉGIMEN DE AHORRO CON SOLIDARIDAD LA HE EFECTUADO EN FORMA LIBRE, ESPONTÁNEA Y SIN PRESIONES.

MANIFIESTO QUE HE ELEGIDO A LA COMPAÑÍA COLOMBIANA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. COLFONDOS PARA QUE ADMINISTRE MIS APORTES PENSIONALES Y QUE LOS DATOS APORTADOS SON VERDADEROS.

El expediente digital, archivo 01 fls. 104, 298 y 303, exhibe que el 1 de septiembre de 2005, la accionante cambió de forma horizontal a la AFP ING, y desde el 1 de junio de 2010, ha estado vinculada a Skandia S.A.

Del interrogatorio de parte absuelto por la accionante, se extrae que aquella consintió cambiarse de régimen, en razón a que su nuevo patrono le proporcionó el formulario de afiliación, y ante el entusiasmo de vincularse a una multinacional, lo firmó de forma voluntaria, pero no asesorada. Reconoció que no se acercó a la AFP a solicitar información, ni optó por retornar al Instituto de Seguros Sociales, y que si se trasladó a otros fondos, fue porque la compañía organizaba reuniones con asesores y propiciaba el cambio. Admitió que desea regresar al régimen de prima media por el monto de la mesada.

Para la Sala luce manifiesto que Colfondos S.A. no satisfizo el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, aplicable por analogía del artículo 145 del Código Procedimiento Laboral, como quiera que los elementos de juicio referidos, no exhiben que le hubiera brindado a la actora al momento del traslado, información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias, que le permitieran entender los efectos de su decisión, acorde a su situación personal.

Cumple reiterar que la suscripción del formulario de afiliación no es suficiente para acreditar el deber de información que le asiste al fondo privado, dado que este, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (CSJ STL3202-2020; CSJ STL3201-2020; CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021).

En consecuencia, resulta evidente que la susodicha administradora faltó a su deber en las condiciones fijadas por la jurisprudencia, lo que

conlleva la ineficacia del acto jurídico de traslado, el que tampoco puede entenderse válido por el traslado entre administradoras, como reiteradamente lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia (CSJ SL 4360-2019).

Importa reiterar que dicha Corporación ha adoctrinado que en tratándose de afiliados, 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 RAIS a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos debieron ingresar a RPM. Criterio que igualmente, es aplicable frente al porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.

Por tanto, la AFP Old Mutual, hoy Skandia actual guardiana de los aportes de la actora, deberá devolver a Colpensiones el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de aquella, junto con los rendimientos, bonos pensionales y porcentajes destinados a conformar el fondo de garantía de pensión mínima a que haya lugar, los valores utilizados en seguros previsionales, con cargo a sus propias utilidades (CSJ SL2209-2021, CSJ SL2207-2021 y CSJ SL5686-2021), así como los gastos de administración y las comisiones (CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020, CSJ SL373-2021, CSJ SL5686-2021). Por tanto, la sentencia será modificada en esta parte. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL2877-2020).

No hay lugar a absolver a Colfondos S.A. y a Protección S.A. de su obligación de trasladar a Colpensiones las sumas de dinero descontadas por concepto de gastos y cuotas de administración, los porcentajes destinados a conformar el fondo de garantía de pensión mínima, y los valores utilizados en seguros previsionales, mientras la demandante estuvo vinculada a tales fondos, dado que la declaración de ineficacia los

obliga a devolver los rubros en cita 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 SL5205-2020 y CSJ SL5680-2021). Por lo expuesto, la sentencia se adicionará en este punto. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL2877-2020).

Conforme a los rubros que se ordena trasladar se protege la sostenibilidad del sistema, dado que los aportes efectuados por el afiliado durante su vida productiva, con los que edifica el financiamiento de su pensión, según los principios que inspiran el sistema de seguridad social, retornarán al RPM en su integridad, debidamente indexados, junto con los rendimientos y, de ser necesario, con cargo a los recursos propios de cada AFP. De cualquier manera, Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar de asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensión. Así se indicará en la parte resolutive de esta providencia.

Impone señalar que la acción de ineficacia es imprescriptible, dado que los hechos o estados jurídicos no están sujetos a dicha figura; por tanto, puede solicitarse en cualquier tiempo, en la medida en que esta declaración tiene como objetivo comprobar o constatar un estado de cosas, la carencia de efectos jurídicos del acto desde su nacimiento, surgido con anterioridad al inicio del proceso, como lo ha puntualizado el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en las sentencias CSJ SL1421-2019 y CSJ SL373-2021, entre otras.

No se causan costas en este grado jurisdiccional, ni en la instancia ante su no causación.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

Primero: Modificar el numeral segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Cuarenta Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 9 de septiembre de 2021, que quedará del siguiente tenor:

Condenar a la Administradora de Fondos de Pensiones Old Mutual S.A. a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, el capital que Alba Rocío Calderón López acumuló en su cuenta de ahorro individual, debidamente indexado, junto con los rendimientos, bonos pensionales, gastos de administración, comisiones, porcentajes destinados a conformar el fondo de garantía de pensión mínima, y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

Segundo: Adicionar la decisión de primera instancia en el sentido de condenar a Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías y a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, con cargo a sus propios recursos y debidamente actualizadas todas las sumas descontadas a la demandante por gastos y cuotas de administración, sumas adicionales de la aseguradora, porcentajes destinados a conformar el fondo de garantía de pensión mínima, y los valores utilizados en seguros previsionales mientras que la demandante estuvo vinculado a este fondo.

Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

Tercero: Adicionar la sentencia apelada en el sentido de indicar que la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar de asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensión.

Cuarto: Confirmar en los demás la sentencia del *a quo*.

Sin costas en la consulta, ni en la apelación dada su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



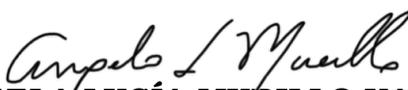
LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO

Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada
Aclaró voto



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

LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 013 2018 00742 01
DEMANDANTE: MARGARITA ROSA RENDÓN FERNÁNDEZ
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. Y ADMINISTRADORA DE FONDOS PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S. A

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

SENTENCIA

La Sala decide los recursos interpuestos por las demandadas AFP Porvenir S.A. y Protección S.A contra la sentencia proferida por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 28 de julio de 2020. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

Este proceso ha pasado a la suscrita Magistrada por ponencia no aceptada por la mayoría, en consideración a que el proyecto inicial carecía de armonía y concordancia entre las valoraciones probatorias y las disertaciones jurídicas de la parte considerativa, y la decisión plasmada en la parte resolutive. Ello, como quiera que si bien, se confirmaba la sentencia de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado, la única motivación del proveído era que la Sala de Casación Laboral y Penal por vía de tutela ha dejado sin efectos algunas decisiones proferidas por este Tribunal que se apartaban del precedente sentado sobre la materia. Empero la argumentación legal y el análisis probatorio estaba dirigido a sustentar los motivos por los cuales se consideraba que no debía declararse ineficaz el acto jurídico del traslado (art. 280 del CGP).

En consecuencia, se consideró que una decisión en ese sentido podría quebrantamiento de las garantías fundamentales al debido proceso, a la defensa y al acceso a la administración de justicia (art. 29 y 228 y 229 Constitución Política), por carecer de “*congruencia interna*” que, según la Sala de Casación Laboral “(...) *exige armonía y concordancia entre las conclusiones judiciales derivadas de las valoraciones fácticas, probatorias y jurídicas implícitas en la parte considerativa, con la decisión plasmada en la parte resolutive. Por tanto, el fallo conforma un todo inescindible, un acto complejo, una unidad temática, entre la parte motiva y la resolutive*” (CSJ SL 2808-2018, reiterada en SL 440-2021).

Según la Corte Constitucional, la obligación de motivar las decisiones judiciales exige un esfuerzo argumentativo con “*miras a justificar su decisión y, por lo tanto, a convencer a las partes, a los demás jueces y al público en general, de que su resolución es la correcta*”. (CC-145-1998). Así mismo, el deber de motivación, además de ser una fuente de legitimación de la actividad judicial en un estado democrático, constituye un mecanismo que le permite al ciudadano conocer las razones de una decisión, para poder controvertirla y ejercer su derecho de defensa.

La misma Corporación ha puntualizado que:

Desde el punto de vista del operador judicial, la motivación consiste en un ejercicio argumentativo por medio del cual el juez establece la interpretación de las disposiciones normativas, de una parte, y determina cómo, a partir de los elementos de convicción aportados al proceso y la hipótesis de hecho que se construye con base en esos elementos, es posible subsumir el caso concreto en el supuesto de hecho de una regla jurídica aplicable al caso. En el estado constitucional de derecho, la motivación adquiere mayor importancia. (CC T-214- 2012).

I. ANTECEDENTES

La accionante pretendió que se declare la «*nulidad de la afiliación*» al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS), a través de la AFP Porvenir S.A., y que las afiliaciones posteriores carecen de validez jurídica. En consecuencia, se condene a Colfondos S.A. a devolver a Colpensiones la

totalidad del capital acumulado en cuenta individual junto con sus rendimientos. A esta a activar la afiliación y reconocer y pagar pensión de vejez al amparo de la Ley 100 de 1993. Se disponga a las demandadas reconocer los derechos a que haya lugar en virtud de las facultades ultra y extra *petita*, más las costas del proceso. Subsidiariamente, se declare la ineficacia de la afiliación al RAIS.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 8 de diciembre de 1963, se afilió al Instituto de Seguros Sociales el 12 de enero de 1990, allí cotizó 404.71 semanas. En agosto del 2001, cuando contaba 37 años de edad, se trasladó al RAIS a través de la AFP Porvenir S.A. Adujo que no recibió información o asesoría, completa y comprensible sobre las ventajas, desventajas y consecuencias del cambio, tampoco sobre las diferencias existentes entre los regímenes pensionales, por lo que debió contratar una asesoría particular. Actualmente cuenta 1.241 semanas cotizadas. Finalmente, refirió que reclamó administrativamente a Colpensiones (fls. 2 a 19 (subsanción fls 125 y 126).

Colpensiones se opuso a las súplicas. Admitió la data de nacimiento de la demandante, la afiliación al Instituto de Seguros Sociales (ISS), el traslado al RAIS, las semanas cotizadas y la reclamación administrativa. Manifestó que no le constan los restantes hechos. Formuló las excepciones de prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, buena fe y las demás declarables oficiosamente. En su defensa expuso que la demandante no aportó prueba que permita inferir que los traslados efectuados estuvieron afectados con algún vicio del consentimiento, y no puede retornar al régimen de prima media por faltarle menos de 10 años de edad para obtener derecho a la pensión de vejez (fls. 157 a 161).

La AFP Porvenir S.A. rechazó las pretensiones. Admitió la fecha de nacimiento de la accionante, la data de afiliación a Porvenir S.A. y la edad que tenía para esa calenda. Manifestó que los demás hechos no son ciertos o no le constan. Propuso las excepciones de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo,

enriquecimiento sin causa y las declarables de oficio. Señaló que en la afiliación no se configuró vicio alguno, puesto que se adelantó observando todos los requisitos previstos en la ley para la época (fls. 235 a 244).

Colfondos S.A. se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Aceptó la fecha de nacimiento de la actora, la afiliación a Porvenir y la afiliación actual a esa AFP. Manifestó que los demás hechos no son ciertos o no le constan. Propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, «*no existe prueba de causal de nulidad alguna*», prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, buena fe, compensación y pago, saneamiento de cualquier presunta nulidad de afiliación, ausencia de vicios del consentimiento, obligación a cargo exclusivamente de un tercero, nadie puede ir en contra de sus propios actos y las declarables de oficio. En defensa de sus intereses refirió que asesoró a la demandante conforme al mandato de la Superintendencia Financiera.

Por auto del 20 de noviembre del 2019, se tuvo por no contestada la demanda respecto de la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. (fl. 348).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 28 de julio de 2020 (fls. 422 y 423), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado que hiciera la demandante Margarita Rosa Rendón Fernández al RAIS a través de Porvenir S.A. el 20 de junio del 2001 y de contera todas las afiliaciones que hiciera con posterioridad dentro del mismo régimen por las razones antes expuestas

SEGUNDO: CONDENAR a Porvenir S.A., Protección S.A. y Colfondos S.A a devolver a Colpensiones todos los dineros ahorrados por la demandante en el RAIS que cada una de ellas tenga en la actualidad incluyendo los referentes seguros y gastos de administración por lo expuesto precedentemente.

TERCERO: CONDENAR a Colpensiones a tener como afiliada a la actora, recibir los dineros referidos en el numeral anterior y actualizar su historia laboral conforme a lo antes visto.

CUARTO: ABSOLVER a Colpensiones de las demás pretensiones elevados en su contra por los motivos expuestos en la parte considerativa de la sentencia.

QUINTA: DECLARAR no probada las excepciones propuestas conforme se indicó en la parte considerativa del fallo.

SEXTO: CONDENAR en costas a la demandada Porvenir S.A. Inclúyase como agencias en derecho en esta instancia el equivalente a 1 SMMLV.

SEPTIMO: Apélese o no esta decisión por haber sido condenada Colpensiones sin fungir la Nación como garante remítase el proceso a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá en grado jurisdiccional de consulta en su favor

Como sustento de su decisión, señaló que Porvenir no demostró que para el momento del traslado cumplió con el deber de brindar información suficiente y oportuna a la potencial afiliada, para que tomara una decisión consciente de las implicaciones que su decisión tendría en su futuro pensional.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes las demandadas apelaron lo resuelto.

Protección S.A. solicitó revocar la sentencia en cuanto la condenó a trasladar gastos de administración como quiera que fueron descontados por disposición legal, compensaron la gestión de la AFP que generó rendimientos a la cuenta individual, mantuvieron cubierta a la actora para los riesgos de invalidez y muerte con el pago a un tercero de buena fe, de una póliza de seguro previsional. Expuso que los referidos gastos no están destinados a integrar el capital que financia la pensión, por lo que son susceptibles de prescribir. Señaló que al ordenar el traslado de rendimientos se genera un enriquecimiento sin causa en cabeza de Colpensiones.

Porvenir S.A. implora revocar la sentencia porque la accionante aceptó que recibió asesoría al momento del traslado y que firmó voluntariamente el formulario de afiliación, además permaneció vinculada al RAIS por un largo periodo en el que realizó aportes y cambios entre administradoras. Sostuvo que no es posible confundir los efectos de la

nulidad y la ineficacia. Hay que tomar en consideración la figura de las restituciones mutuas y ordenar a la demandante devolver los rendimientos que cada una de las AFP generó al administrar la cuenta individual. Expuso que los gastos de administración son susceptible de prescribir, porque no están llamados a constituir el capital con el que se financiará la pensión.

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

De conformidad con el artículo 69 del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social, al ser la sentencia de primera instancia adversa a Colpensiones entidad de la cual es garante la Nación, también es procedente abordar su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

V. CONSIDERACIONES

Corresponde a esta Sala definir si es procedente declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual efectuado por la actora.

Para resolver, es menester recordar que el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 114 *ibidem* permite al afiliado la selección libre y voluntaria del régimen pensional; por su parte, el artículo 271 del mismo estatuto, señala las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, y ordena dejar sin efecto dicho acto, y realizar uno nuevo sin presiones.

El Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen del demandante, previó en el numeral 1 del artículo 97, la obligación de las entidades de seguridad social de suministrar a los usuarios la información necesaria, clara, veraz y objetiva para que se elijan las mejores opciones del mercado. Así lo aleccionó la Sala de Casación Laboral en la sentencia, CSJ SL1688 de 2019, por citar solo un ejemplo.

Por su parte, el artículo 4 del Decreto 656 de 1994, estipula que *“las administradoras son instituciones de carácter provisional y, como tales, se encuentran obligadas a prestar en forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a dicha calidad. Por lo tanto, serán responsables de los perjuicios que por su culpa leve se puedan ocasionar a los afiliados.”*

De la misma manera, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 previó que *“los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.”*

La Sala de Casación Laboral, en proveído CSJ SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia CSJ SL 1688-2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde aquella institución. De otra parte, en las decisiones CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL19447-2017 y CSJ SL1421-2019, la misma Corporación indicó que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringe *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* la que no se configura con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues se requiere contar con elementos de juicio suficientes para entender las consecuencias de la decisión. Además, que la firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020, STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021; CSJ SL 150-2022).

Ese deber de información, según las reglas jurisprudenciales descritas, de acuerdo con la época en que se efectúa el traslado, incluye la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que conlleva dar a conocer la

existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales. Además, el análisis calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo. Incluso, a partir de Ley 1748 de 2014 y del Decreto 2071 de 2015, el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Igualmente, señaló el máximo Órgano de cierre de esta jurisdicción que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición, o si tiene o no una expectativa legítima, dado que en todos los casos debe cumplirse con el deber de orientación como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ STL3202-2020, CSJ STL3201-2020, CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021. Útil es recordar que en sentencia CSJ SL 689-2019, se indicó que tratándose de asuntos como el que ocupa la atención de la Sala, se invierte la carga de la prueba, y debe entonces la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional.

VI. CASO CONCRETO

Según el reporte de semanas cotizadas de folios 21 y 169, la actora se afilió al ISS el 12 de enero de 1990, migró al RAIS, administrado por Porvenir S.A. el 20 de junio de 2001, según consta en formulario de afiliación (fl. 246) en el que se puede leer:

HAGO CONSTAR QUE REALIZO EN FORMA LIBRE ESPONTÁNEA Y SIN PRESIONES LA ESCOGENCIA AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL HABIENDO SIDO ASESORADO SOBRE TODOS LOS ASPECTOS DE ESTE PARTICULARMENTE DEL RÉGIMEN DE TRANSICIÓN, BONOS PENSIONALES Y LAS IMPLICACIONES DE MI DECISIÓN. ASÍ MISMO HE SELECCIONADO A PORVENIR S.A. PARA QUE SEA LA ÚNICA QUE ADMINISTRE MIS APORTES PENSIONALES. TAMBIÉN DECLARO QUE LOS DATOS PROPORCIONADOS EN ESTA SOLICITUD SON VERDADEROS IGUALMENTE DECLARÉ QUE HE SIDO INFORMADO DEL

DERECHO QUE ME ASISTE DE RETRACTARME DENTRO DE LOS CINCO (5) HÁBILES SIGUIENTES A LA FECHA DE LA PRESENTE SOLICITUD.

Posteriormente, cambió horizontalmente a ING el 1 de agosto del 2007, a Porvenir S.A. el 1 de octubre de 2008, a ING el 1 de mayo de 2009, a Porvenir S.A. el 1 de junio del 2010 y a partir del 1 de octubre de 2012 en adelante a la AFP Colfondos S.A. (fl. 294).

Al absolver interrogatorio de parte la demandante señaló que para el momento del traslado los asesores del fondo privado le indicaron que el Seguro Social se «*estaba terminando*» y que trasladarse era la mejor opción para no perder lo que ya había cotizado. Admitió que no leyó el formulario y no fue presionada para suscribirlo. Manifestó no recordar haberse trasladado a ING, por ello cuando los asesores de Porvenir la abordaron decidió retornar a este fondo, pues le ofrecieron mayor rentabilidad.

De cara a los medios de prueba mencionados, para esta Sala la AFP Porvenir S.A. incumplió el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, (aplicable en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues no demostró en los términos señalados por la Sala de Casación Laboral, haber brindado a la demandante, al momento de la afiliación, una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiera al afiliado conocer los efectos del traslado, acorde a su situación personal.

Cumple reiterar que la suscripción del formulario de afiliación no es suficiente para acreditar el deber de información que le asiste al fondo privado, dado que este, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (CSJ STL3202-2020; CSJ STL3201-2020; CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021).

Por otra parte, la teoría de los actos de relacionamiento materializados con la permanencia en el RAIS y las cotizaciones realizadas no aplica en los asuntos de ineficacia de traslado por resultar posteriores

al acto jurídico inicial, tampoco la inobservancia de los deberes de la afiliada como consumidor financiero.

En consecuencia, resulta evidente que la susodicha administradora faltó a su deber en las condiciones fijadas por la jurisprudencia lo que conlleva la ineficacia del acto jurídico de traslado, el que tampoco puede entenderse validado por el traslado entre administradoras, como reiteradamente lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia (CSJ SL 4360-2019).

La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha adoctrinado que en tratándose de afiliados, los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos debieron ingresar a RPM. Criterio que igualmente, es aplicable frente al porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.

Por tanto, la AFP Colfondos administradora a la cual se encuentra actualmente vinculada la demandante, deberá devolver a Colpensiones el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos y los bonos pensionales a que haya lugar; así como los gastos de administración, las comisiones (CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020, CSJ SL373-2021, CSJ SL5686-2021), los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades (CSJ SJ SL2209-2021, CSJ SL2207-2021 y CSJ SL5686-2021). Por tanto la sentencia será modificada en este punto. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL2877-2020).

Cumple agregar que no es posible eximir de responsabilidad a las AFP Porvenir S.A., y Protección S.A. de trasladar a Colpensiones las sumas de dinero descontadas por concepto de gastos y cuotas de administración, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales mientras la demandante estuvo vinculada a este fondo, dado que la declaración de ineficacia los obliga a devolver dichos rubros 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 5205-2020 CSJ SL 5680-2021). En consecuencia, la sentencia será modificada en este punto. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL2877-2020).

Impone señalar que la acción de ineficacia es imprescriptible, en tanto, los hechos o estados jurídicos no están sujetos a dicha figura, por tanto, puede solicitarse en cualquier tiempo, en la medida en que esta declaración tiene como objetivo comprobar o constatar un estado de cosas, la carencia de efectos jurídicos del acto desde su nacimiento, surgido con anterioridad al inicio del proceso, como lo ha puntualizado el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en las sentencias CSJ SL 1421-2019 y CSJ SL373-2021, entre otras.

No se causan costas en este grado jurisdiccional, ni en la instancia ante su no causación.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 12 de octubre de 2021, que quedará del siguiente tenor: condenar a la AFP Colfondos S.A. a trasladar a Colpensiones debidamente actualizado el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la demandante, los rendimientos y los bonos pensionales a que haya lugar; así como los gastos de administración, comisiones, porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades. Condenar a las AFP Porvenir S.A. Protección S.A a trasladar a Colpensiones con cargo a sus propios recursos y debidamente actualizadas todas las sumas descontadas al demandante por gastos y cuotas de administración, sumas adicionales de la aseguradora, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales mientras la demandante estuvo vinculada a este fondo. Al momento de cumplirse la orden por parte de todas las AFP, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

SEGUNDO: CONFIRMAR en los demás la sentencia del *a quo*.

Sin COSTAS en la consulta ni en la apelación ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO

Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada

Aclaró voto



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

LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: **110013105 13 2019 00053 01.**
DEMANDANTE: CARMEN DOLORES HERNÁNDEZ GARCÍA
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES.

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

Conforme a memorial de folio 104, se tiene como apoderada judicial de Colpensiones a la doctora Alida del Pilar Mateus Cifuentes identificada con Cedula de ciudadanía n.º. 37.627.008 y T.P. n.º. 221.228 del C.S. de la J., según sustitución dada por la Dra. María Camila Bedoya García identificada con cédula de ciudadanía n.º 1.037.639.320 y T.P. n.º. 288.820 del C.S. de la J., quien funge como apoderada general de la demandada, según Escritura Pública No. 0120 de 1º de febrero de 2021 (fl. 105 a 123).

SENTENCIA

La Sala decide el grado jurisdiccional de consulta de la sentencia proferida por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 12 de agosto de 2019.

ANTECEDENTES

La accionante convocó a juicio a Colpensiones para que sea condenada a reconocerle y pagarle indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, intereses moratorios, indexación, los derechos a que haya lugar en virtud de las facultades ultra y extra *petita* y las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 10 de marzo de 1943, cotizó 364.86 semanas al Instituto de Seguro Social. Suscribió declaración extra proceso en la que manifestó que no continuará cotizando. Solicitó a la demandada el pago de la indemnización pero no recibió respuesta (fl. 3 a 8).

Colpensiones se opuso a la prosperidad de las súplicas. Admitió la fecha de nacimiento de la accionante y el número de semanas cotizadas. Manifestó no ser ciertos los demás hechos. Propuso las excepciones de prescripción, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios, presunción de legalidad de los actos administrativos, buena fe y las demás declarables oficiosamente (fl. 26 a 31).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 12 de agosto de 2019, condenó a Colpensiones a pagar a la demandante \$6.454.955, por saldo por indemnización sustitutiva de la pensión de vejez y gravó a la demandada con las costas del proceso (fl. 73).

Como sustento de su decisión, señaló que la accionada demostró que a través de Resolución n.º 023700 de 2005 reconoció indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, razón que lo llevó a imponer condena únicamente por la diferencia.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

De conformidad con el artículo 69 del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social, al ser la sentencia de primera instancia adversa a Colpensiones entidad de la cual es garante la Nación, es procedente abordar su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

CONSIDERACIONES

Son hechos probados *i)* que la accionante cumplió 57 años de edad el 10 de marzo de 2000, *ii)* cotizó 364.86 semanas al Instituto de Seguros sociales y realizó el último aporte para marzo de 2005 (fls. 41 a 44), Colpensiones le reconoció indemnización sustitutiva de la pensión de vejez mediante Resolución n.º 023700 de 2005, en la suma de \$1.036.711 y para ello, tomó en consideración 283 semanas cotizadas y un ingreso base de liquidación de \$187.833 (fl. 60).

Como quiera que la entidad ya reconoció a la demandante la prestación que ahora reclama, es claro que el derecho no se encuentra en discusión y resta verificar su liquidación

El Decreto 1730 de 2001 que reglamenta el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, dispone la forma de liquidar la prestación en los siguientes términos:

ARTÍCULO 3º-Cuantía de la indemnización.

Para determinar el valor de la indemnización se aplicará la siguiente fórmula:

$$I = SBC \times SC \times PPC$$

Donde:

SBC: Es el salario base de la liquidación de la cotización semanal promediado de acuerdo con los factores señalados en el Decreto 1158 de 1994, sobre los cuales cotizó el afiliado a la administradora que va a efectuar el reconocimiento, actualizado anualmente con base en la variación del IPC según certificación del DANE.

SC: Es la suma de las semanas cotizadas a la administradora que va a efectuar el reconocimiento.

PPC: Es el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales ha cotizado el afiliado para el riesgo de vejez, invalidez o muerte por riesgo común, a la administradora que va a efectuar el reconocimiento.

Al realizar las operaciones correspondientes la Sala determinó que la demandante tiene derecho al reconocimiento de \$3.138.215 como

indemnización sustitutiva de la pensión de vejez que al serle descontado el valor cancelado por virtud de la Resolución n.º 023700 de 2005, que lo fue de \$1.036.711, arroja un saldo a favor de \$2.101.404, es decir un cifra inferior a la determinada por el Juez de conocimiento que correspondió a \$6.454.955, por lo que la sentencia será modificada, como quiera que el grado de consulta se surte en favor de la promotora del juicio.

| Cálculo Toda La Vida Laboral | | | | | | | | |
|--|-----------------|--|------------------|-----------------------------|--------------------------------|----------------------------|-------------------------|--|
| AÑO | Nº. Días | IPC inicial | IPC final | Factor de indexación | Sueldo promedio mensual | Salario actualizado | Salario anual | |
| 1994 | 162 | 14,890 | 55,990 | 3,760 | \$ 100.000,00 | \$ 376.024,00 | \$ 2.030.530,00 | |
| 1995 | 121 | 18,250 | 55,990 | 3,068 | \$ 120.898,86 | \$ 370.911,00 | \$ 1.496.008,00 | |
| 1997 | 159 | 26,520 | 55,990 | 2,111 | \$ 164.499,98 | \$ 347.298,00 | \$ 1.840.679,00 | |
| 1998 | 90 | 31,210 | 55,990 | 1,794 | \$ 203.825,00 | \$ 365.657,00 | \$ 1.096.971,00 | |
| 1999 | 150 | 36,420 | 55,990 | 1,537 | \$ 236.460,00 | \$ 363.520,00 | \$ 1.817.600,00 | |
| 2000 | 360 | 39,790 | 55,990 | 1,407 | \$ 260.100,00 | \$ 365.996,00 | \$ 4.391.952,00 | |
| 2001 | 360 | 43,270 | 55,990 | 1,294 | \$ 286.000,00 | \$ 370.075,00 | \$ 4.440.900,00 | |
| 2002 | 360 | 46,580 | 55,990 | 1,202 | \$ 309.000,00 | \$ 371.424,00 | \$ 4.457.088,00 | |
| 2003 | 360 | 49,830 | 55,990 | 1,124 | \$ 330.083,33 | \$ 370.888,00 | \$ 4.450.656,00 | |
| 2004 | 315 | 53,070 | 55,990 | 1,055 | \$ 353.047,62 | \$ 372.473,00 | \$ 3.910.967,00 | |
| 2005 | 83 | 55,990 | 55,990 | 1,000 | \$ 358.000,00 | \$ 358.000,00 | \$ 990.467,00 | |
| Total días | 2520 | Total devengado actualizado a | | | | 2005 | \$ 30.923.818,00 | |
| Semanas Cotizadas S.C. | 360,00 | Salario Base de La Liquidación Promedio Semanal - S.B.L.P.S. | | | | | \$ 85.899,49 | |
| | | Promedio Ponderado De Los Porcentajes de Cotización P.P.C. | | | | | 10,148% | |
| VALOR INDEMNIZACION SUSTITUTIVA a | | | | | | 2005 | \$ 3.138.215,00 | |

| Tabla Liquidación | |
|--|---------------------|
| Indemnización sustitutiva | \$ 3.138.215 |
| Menos indemnizacion cancelada (Res. 23700 de 2005) | \$ (1.036.711) |
| Total | \$ 2.101.504 |

La anterior suma deberá ser indexada al momento del pago, de conformidad a la siguiente formula:

$$VA = VH \times \frac{IPC \text{ Final}}{IPC \text{ Inicial}}$$

Donde:

VA = Valor actualizado

VH = Valor histórico correspondiente al valor de la indemnización sustitutiva.

IPC Final= Índice de precios al consumidor correspondiente al mes en el que se efectuará el pago.

IPC Inicial= Índice de precios al consumidor correspondiente a la fecha de exigibilidad de la indemnización sustitutiva.

Importa señalar que la diferencia entre la suma reconocida inicialmente por la entidad y la que ahora se establece radica en el número de semanas tomadas en consideración pues allá fue de 223 y aquí de 360. Igualmente, verificada la liquidación del Juzgado (fl.62 y 63), se evidencia que los salarios fueron actualizados tomando como IPC final el correspondiente a diciembre de 2018, cuando lo correcto es determinar el valor de la indemnización sustitutiva al año 2005, cuando se causó e indexar su valor desde el 23 de marzo de 2005, fecha en que se realizó el último aporte, hasta que se verifique el pago de la obligación.

No se causan costas en la consulta.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral primero de la sentencia proferida el 12 de agosto de 2019 por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., en el sentido de condenar a la demandada a cancelar a la accionante Carmen Dolores Hernández García la suma de \$2.101.504, por concepto de saldo a su favor de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez. Dicha suma deberá ser indexada al momento del pago, conforme a la formula indicada en la parte motiva.

No se causan costas en la consulta.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO

Magistrada



HUGO/ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada

013 2019 00053 01



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

LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 16 2019 00371 01.
DEMANDANTE: SAMUEL OLARTE RUBIO.
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES.

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

Conforme a memorial de folio 112, se tiene como apoderada judicial de Colpensiones a la doctora Alida del Pilar Mateus Cifuentes identificada con Cedula de ciudadanía n.º. 37.627.008 y T.P. n.º. 221.228 del C.S. de la J., según sustitución dada por la Dra. María Camila Bedoya García identificada con cédula de ciudadanía n.º 1.037.639.320 y T.P. n.º. 288.820 del C.S. de la J., quien funge como apoderada general de la demandada, según Escritura Pública No. 0120 de 1º de febrero de 2021 (fls. 72 a 90).

SENTENCIA

La Sala decide el grado jurisdiccional de consulta de la sentencia proferida por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 24 de febrero de 2021.

ANTECEDENTES

El accionante convocó a juicio a Colpensiones para que se declare que es beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. En consecuencia, se condene a la demandada a reconocer y pagar la pensión de vejez con fundamento en el Acuerdo 049 de 1990, a dar a conocer su historia laboral y pagar las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que cotizó 1.486.29 semanas. Mediante Resolución n.º 0155660 del 26 de mayo de 2010 le fue reconocida pensión de jubilación en cuantía inicial de \$461.500, de conformidad con la Ley 100 de 1993. Inconforme, solicitó la reliquidación de la prestación, empero la entidad confirmó su decisión inicial mediante actos administrativos GNR 394765 del 7 de diciembre de 2015 y GNR 140577 del 12 de mayo de 2016 (fls. 30 a 37).

Al dar respuesta, la demandada se opuso a la prosperidad de las pretensiones salvo a la declaratoria de que el demandante es beneficiario del régimen de transición; admitió que negó la reliquidación de la pensión, y dijo que no son ciertos los demás hechos. En su defensa, propuso las excepciones de prescripción y caducidad, inexistencia de la obligación, buena fe, y las demás declarables oficiosamente (cd fl. 48).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 24 de febrero de 2021, absolvió a la demandada, declaró probadas las excepciones de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido y gravó a la parte demandante con las costas del proceso (fls. 56 y 57).

Como sustento de su decisión, señaló que el accionante era beneficiario del régimen de transición, empero, conforme a la base con la que cotizó en toda la vida y en los últimos años la mesada pensional no resulta superior al salario mínimo que le fue reconocido. Señaló que no es procedente establecer el ingreso base de liquidación de la pensión con base en los salarios cotizados en las últimas 100 semanas.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

De conformidad con el artículo 69 del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social, al ser la sentencia de primera instancia

totalmente adversa a las pretensiones del demandante es procedente abordar su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

CONSIDERACIONES

De conformidad con la Resolución GNR 140577 del 12 de mayo de 2016 Colpensiones reconoció pensión de vejez al promotor del juicio mediante Acto Administrativo n.º 59072 de 2008, a partir del 1 de diciembre de 2008 en cuantía inicial de \$461.500, en aplicación del Acuerdo 049 de 1990 (fls. 2 a 12).

Así las cosas, es claro que la entidad reconoce al demandante como beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y por ello otorgó a prestación al amparo del Acuerdo 049 de 1990. De la lectura de la demanda y de la Resolución GNR 140577 de 12 de mayo de 2016, se extrae que lo que se pretende en realidad es que la pensión sea calculada tomando en consideración el ingreso base de liquidación determinado con base en los salarios cotizados en las últimas 100 semanas.

Frente al régimen de transición, ha de indicarse que éste garantizó a sus beneficiarios la aplicación de las disposiciones anteriores a la entrada en vigencia del régimen general de pensiones tan solo en tres aspectos puntuales: la edad, el tiempo de servicios y el monto de la prestación, entendido este último como el porcentaje o tasa de reemplazo, en tanto que, el modo de obtener el ingreso base de liquidación, se encuentra regulado explícitamente en la Ley 100 de 1993 y, en esa medida, no resulta viable acudir a disposiciones anteriores para establecerlo (CSJ SL824-2020).

La Corte Suprema de Justicia ha sostenido de manera reiterada que para los afiliados beneficiarios del régimen de transición, el Ingreso Base de Liquidación de la pensión de vejez, se calcula conforme el inciso 3º del artículo 36 de la ley 100 de 1993, el cual señala que «*El ingreso base para*

liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base el Índice de Precios al Consumidor, según certificación que expida el DANE» (sentencias CSJ SL, 1 mar. 2011, rad. 40552; CSJ SL, 22 ene. 2013, rad, 37246; CSJ SL 464-2013; CSJ SL 730-2013, CSJ SL3696-2018 y CSJ SL 3330 de 2019).

Paralelamente, para aquellas personas que al estar dentro del régimen de transición, que les faltará más de 10 años para adquirir el derecho a la pensión, la norma aplicable a efectos de determinar el IBL, será el dispuesto en el artículo 21 de la ley 100 de 1993, esto es, *el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, o en todo el tiempo si este fuere inferior para el caso de las pensiones de invalidez o sobrevivencia, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE. Cuando el promedio del ingreso base, ajustado por inflación, calculado sobre los ingresos de toda la vida laboral del trabajador, resulte superior al previsto en el inciso anterior, el trabajador podrá optar por este sistema, siempre y cuando haya cotizado 1250 semanas como mínimo”*

En ese mismo horizonte, se ha referido la Corte Constitucional, en sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015, está a través de la cual unificó su jurisprudencia en cuanto a la determinación del IBL para los beneficiarios del régimen de transición, al indicar que a estos les son aplicables las reglas previstas en las normas anteriores a la Ley 100 de 1993 sobre: edad para consolidar el derecho; el tiempo de servicios o semanas cotizadas; y el monto de la pensión, entendida esta como la tasa de remplazo.

Conforme a la postura pacífica de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y de la Corte Constitucional, la conclusión a la que llegó el Juzgado resulta acertada, al no acceder a la reliquidación de la

pensión del actor teniendo en cuenta los salarios cotizados en las últimas 100 semanas.

De otra parte, realizadas las validaciones correspondientes se pudo determinar que el ingreso base de liquidación del actor no le permite acceder a una mesada pensional superior al salario mínimo que le fue reconocido por la Colpensiones.

No se causan costas en la consulta.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 24 de febrero de 2021 por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C.

No se causan costas en la consulta.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO
Magistrada


HUGO/ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada



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

LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 019 2018 00654 01
DEMANDANTE: SIDIA CAICEDO RINCÓN
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y UNIDAD ADMINISTRADORA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP

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

SENTENCIA

La Sala decide los recursos de apelación interpuestos por las demandadas AFP Porvenir S.A. y Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Primero Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 16 de septiembre de 2021. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

Este proceso ha pasado a la suscrita Magistrada por ponencia no aceptada por la mayoría, en consideración a que el proyecto inicial carecía de armonía y concordancia entre las valoraciones probatorias y las disertaciones jurídicas de la parte considerativa, y la decisión plasmada en la parte resolutive. Ello, como quiera que si bien, se confirmaba la sentencia de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado, la única motivación del proveído era que la Sala de Casación Laboral y Penal por vía de tutela ha dejado sin efectos algunas decisiones proferidas por este Tribunal que se apartaban del precedente sentado sobre la materia. Empero la argumentación legal y el análisis probatorio estaba dirigido a sustentar los motivos por los cuales se consideraba que no debía declararse ineficaz el acto jurídico del traslado (art. 280 del CGP).

En consecuencia, se consideró que una decisión en ese sentido podría quebrantamiento de las garantías fundamentales al debido proceso, a la defensa y al acceso a la administración de justicia (art. 29 y 228 y 229 Constitución Política), por carecer de “*congruencia interna*” que, según la Sala de Casación Laboral “(...) *exige armonía y concordancia entre las conclusiones judiciales derivadas de las valoraciones fácticas, probatorias y jurídicas implícitas en la parte considerativa, con la decisión plasmada en la parte resolutive. Por tanto, el fallo conforma un todo inescindible, un acto complejo, una unidad temática, entre la parte motiva y la resolutive*” (CSJ SL 2808-2018, reiterada en SL 440-2021).

Según la Corte Constitucional, la obligación de motivar las decisiones judiciales exige un esfuerzo argumentativo con “*miras a justificar su decisión y, por lo tanto, a convencer a las partes, a los demás jueces y al público en general, de que su resolución es la correcta*”. (CC-145-1998). Así mismo, el deber de motivación, además de ser una fuente de legitimación de la actividad judicial en un estado democrático, constituye un mecanismo que le permite al ciudadano conocer las razones de una decisión, para poder controvertirla y ejercer su derecho de defensa.

La misma Corporación ha puntualizado que:

Desde el punto de vista del operador judicial, la motivación consiste en un ejercicio argumentativo por medio del cual el juez establece la interpretación de las disposiciones normativas, de una parte, y determina cómo, a partir de los elementos de convicción aportados al proceso y la hipótesis de hecho que se construye con base en esos elementos, es posible subsumir el caso concreto en el supuesto de hecho de una regla jurídica aplicable al caso. En el estado constitucional de derecho, la motivación adquiere mayor importancia. (CC T-214- 2012).

I. ANTECEDENTES

La accionante pretendió que se declare la «*nulidad de la afiliación*» a la AFP Porvenir S.A. En consecuencia, se ordené a trasladarla a Colpensiones, junto con los aportes, rendimientos y semanas cotizadas. A esta última a aceptar el traslado. Se disponga a las demandadas reconocer

los derechos a que haya lugar en virtud de las facultades *ultra* y *extra petita*, más las costas del proceso. Subsidiariamente, se condene a Porvenir S.A. a pagar una mesada pensional de vejez, igual o equivalente a la que hubiese recibido en Colpensiones.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 7 de noviembre de 1957. A la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, contaba con 36 años. Cotizó al régimen de prima media con prestación definida (RPM). El 1 de febrero de 1999, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) a través de la AFP Porvenir S.A., convencido de que el Instituto de Seguros Sociales se acabaría y que en la AFP obtendría una mesada más alta. Adujo que el representante del fondo omitió brindarle información sobre las características del régimen, sus ventajas y desventajas y las implicaciones que el cambio implicaría de acuerdo a sus condiciones particulares. Refirió que, de conformidad con proyección elaborada por el fondo allí no tendría derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez, entre tanto, en Colpensiones la mesada ascendería a \$2'183.900. Finalmente, que Colpensiones negó la solicitud de traslado (expediente digital archivo 01 fls. 8 a 28).

La AFP Porvenir S.A. se opuso al éxito de las aspiraciones. Admitió la data de nacimiento de la demandante y la cotización al régimen de prima media con prestación definida. Manifestó que no son ciertos o no le constan los restantes hechos. Propuso las excepciones de prescripción de la acción que pretende atacar la nulidad de la afiliación, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, compensación y las demás declarables oficiosamente. En su defensa, argumentó que la demandante se trasladó de forma libre y voluntaria en ejercicio de la autonomía de la voluntad, como quiera que no acredita 750 semanas cotizadas al 1 de abril de 1994, no puede regresar en cualquier tiempo a Colpensiones (expediente digital, archivo 01 fls. 130 a 154).

Según consta en acta de audiencia celebrada el 11 de noviembre de 2020, el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá tuvo por no

contestada la demanda respecto de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones (expediente digital, archivo 01 fls. 262 a 266).

En audiencia celebrada el 11 de noviembre de 2020, se dispuso vincular a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales UGPP, quien al contestar ni se opuso, ni se allanó a la prosperidad de las súplicas. Manifestó que los hechos no le constaban. Formuló las excepciones previas de falta de legitimación en la causa por pasiva e inepta demanda por falta de reclamación administrativa y propuso las excepciones de fondo de falta de causa e inexistencia de la obligación, compensación, prescripción y las demás declarables de oficio. En su defensa, refirió que no es la entidad encargada de resolver de fondo las aspiraciones de la accionante, quien no es beneficiaria del régimen de transición y por ello, no puede retornar en cualquier tiempo a prima media (expediente digital, carpeta CD fl. 146).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Primero Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 16 de septiembre de 2021 (expediente digital, archivo 06), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado que realizó la Señora Sidia Caicedo Traslaviña identificada con cédula de ciudadanía número 21.233.766 al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP Porvenir S.A., el día 15 de febrero de 1999, conforme a lo considerado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: DECLARAR válidamente vinculada a la demandante Sidia Caicedo Traslaviña identificada con cédula de ciudadanía número 21.233.766 administrado hoy por Colpensiones, como si nunca se hubiera trasladado conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONDENAR a la demandada AFP Porvenir S.A. a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiese recibido con motivo de la afiliación de la Señora Sidia Caicedo Traslaviña identificada con cédula de ciudadanía número 21.233.766 como cotizaciones, aportes adicionales, bonos pensionales, rendimientos financieros, sin descontar gastos de administración conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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

QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas.

SEXTO: Costas en esta instancia a cargo de Colpensiones y Porvenir AFP a favor de la demandante, se fija la suma de \$500.000 como agencias en derecho a favor de la demandante y a cargo de cada una de las entidades accionadas.

SÉPTIMO: En caso de no ser objeto de apelación la presente sentencia se ordena la remisión del expediente al Honorable Tribunal Superior de Bogotá en su especialidad laboral a fin de que se surta el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

Como sustento de su decisión, señaló que Porvenir no acreditó que cumplió con el deber de brindar información al momento del traslado, y el formulario no acredita tal circunstancia, por lo que procede declarar la ineficacia pretendida.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes, las demandadas apelaron lo resuelto.

La AFP Porvenir S.A. aspira que se revoque la decisión, bajo el argumento de que acreditó que al momento del traslado brindó a la actora la información debida en los términos previstos en la ley para la época, tal como quedó consignado en el formulario de vinculación y no es posible exigir la acreditación de trámites o requisitos adicionales incorporados en el ordenamiento jurídico con posterioridad. Señaló que no es procedente ordenar la devolución de gastos de administración, pues estas sumas fueron descontadas por mandato legal y fueron trasladados a terceros no vinculados al proceso, mantuvieron cubierta a la actora para los riesgos de invalidez y muerte. Expresó que la sentencia atenta contra el principio de seguridad jurídica y debiera aplicarse el criterio de la Corte Suprema de Justicia, que niega el traslado a quien ya ostenta la calidad de pensionado por haberse consolidado situaciones jurídicas.

Colpensiones imploró revocar la sentencia al argumentar que la AFP demostró que suministró al demandante información, en los términos previstos en la Ley 100 de 1993 y no es posible imponer a las AFP acreditar requisitos introducidos en el ordenamiento jurídico a partir del año 2014, pues con ello, se vulneran los principios de seguridad jurídica y

e irretroactividad de la ley. Expuso que la entidad se constituye como tercero de buena fe, que no intervino en el acto jurídico cuestionado, por ello los efectos de la sentencia deben afectar únicamente a las partes. Adujo que la sentencia atenta contra el principio de equilibrio y sostenibilidad financiera pues impone a Colpensiones la obligación futura de responder por la pensión de vejez de quien cotizó durante 26 años al RAIS y cuyos recursos no son suficientes para cubrir la prestación. Solicitó adicionar la decisión en el sentido de condicionar la obligación de recibir a la actora y tenerla como su afiliada a que la AFP devuelva la totalidad de los recursos de la cuenta individual, sin descuento alguno. Finalmente, solicitó revocar la condena en costas.

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

De conformidad con el artículo 69 del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social, al ser la sentencia de primera instancia adversa a Colpensiones entidad de la cual es garante la Nación, también es procedente abordar su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

V. CONSIDERACIONES

Corresponde a esta Sala definir si es procedente declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual efectuado por la actora.

Para resolver, es menester recordar que el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 114 *ibidem* permite al afiliado la selección libre y voluntaria del régimen pensional; por su parte, el artículo 271 del mismo estatuto, señala las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, y ordena dejar sin efecto dicho acto, y realizar uno nuevo sin presiones.

El Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen del demandante, previó en el numeral 1 del artículo 97, la obligación de las

entidades de seguridad social de suministrar a los usuarios la información necesaria, clara, veraz y objetiva para que se elijan las mejores opciones del mercado. Así lo aleccionó la Sala de Casación Laboral en la sentencia, CSJ SL1688 de 2019, por citar solo un ejemplo.

Por su parte, el artículo 4 del Decreto 656 de 1994, estipula que *“las administradoras son instituciones de carácter provisional y, como tales, se encuentran obligadas a prestar en forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a dicha calidad. Por lo tanto, serán responsables de los perjuicios que por su culpa leve se puedan ocasionar a los afiliados.”*

De la misma manera, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 previó que *“los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.”*

La Sala de Casación Laboral, en proveído CSJ SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia CSJ SL 1688-2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde aquella institución. De otra parte, en las decisiones CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL19447-2017 y CSJ SL1421-2019, la misma Corporación indicó que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringe *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* la que no se configura con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues se requiere contar con elementos de juicio suficientes para entender las consecuencias de la decisión. Además, que la firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020, STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021; CSJ SL 150-2022).

Ese deber de información, según las reglas jurisprudenciales descritas, de acuerdo con la época en que se efectúa el traslado, incluye la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que conlleva dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales. Además, el análisis calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo. Incluso, a partir de Ley 1748 de 2014 y del Decreto 2071 de 2015, el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Igualmente, señaló el máximo Órgano de cierre de esta jurisdicción que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición, o si tiene o no una expectativa legítima, dado que en todos los casos debe cumplirse con el deber de orientación como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ STL3202-2020, CSJ STL3201-2020, CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021. Útil es recordar que en sentencia CSJ SL 689-2019, se indicó que tratándose de asuntos como el que ocupa la atención de la Sala, se invierte la carga de la prueba, y debe entonces la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional.

VI. CASO CONCRETO

Se encuentra demostrado con la copia de cédula de ciudadanía que la promotora del juicio nació el 7 de noviembre de 1957, por lo que al 1º de abril de 1994 contaba con 36 años (expediente digital, archivo 01 fl. 30). Así las cosas, es beneficiaria del régimen de transición en razón a la edad.

Según el reporte allegado por Colpensiones la actora no realizó cotizaciones al régimen de prima media con prestación definida (expediente digital, carpeta CD fl. 156). Al rendir declaración departe, manifestó que cotizó a Cajanal a través de entidades del sector público, no obstante no fue allegada prueba de tal hecho. Migró al RAIS, administrado por Porvenir S.A. a partir del 15 de febrero de 1999, (formulario ilegible) (expediente digital, archivo 01 fl. 156).

Al absolver interrogatorio de parte la demandante manifestó que es enfermera de profesión, actualmente es contratista del Ministerio de Salud y Protección Social. Indicó que su vida laboral empezó en julio de 1982, como enfermera rural en el municipio de Acacias, trabajó por 16 años en la Secretaria de Salud del Meta, cotizó a Cajanal hasta 1998, nunca cotizó al ISS. Para la época del traslado una asesora del fondo le informó que el Instituto de Seguros Sociales se acabaría que lo mejor era cambiarse a Porvenir donde tendría la oportunidad de pensionarse con una mesada superior. Su empleador no la presionó para firmar, pero le indicó que por política tenían afiliados a los trabajadores a Porvenir. Refirió que en varias oportunidades solicitó al fondo privado reconstruir su historia laboral porque en los extractos no aparecían 16 años en los que prestó servicios a entidades del sector público. A los 60 años cuando quería pensionarse se acercó a la AFP y se enteró que no tenía derecho a bono pensional.

De cara a los medios de prueba mencionados, para esta Sala la AFP Porvenir S.A, incumplió el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, (aplicable en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues no demostró en los términos señalados por la Sala de Casación Laboral, haber brindado a la demandante, al momento de la afiliación, una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiera al afiliado conocer los efectos del traslado, acorde a su situación personal.

Cumple reiterar que la suscripción del formulario de afiliación no es suficiente para acreditar el deber de información que le asiste al fondo privado, dado que este, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (CSJ STL3202-2020; CSJ STL3201-2020; CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021).

En consecuencia, resulta evidente que la susodicha administradora faltó a su deber en las condiciones fijadas por la jurisprudencia lo que conlleva la ineficacia del acto jurídico de traslado.

Por tanto, la susodicha AFP deberá devolver a Colpensiones el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos y los bonos pensionales a que haya lugar; así como los gastos de administración, las comisiones (CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020, CSJ SL373-2021, CSJ SL5686-2021), los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades (CSJ SJ SL2209-2021, CSJ SL2207-2021 y CSJ SL5686-2021). Por tanto, la sentencia será modificada en esta parte. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL2877-2020).

Conforme a los rubros que se ordena trasladar se protege la sostenibilidad del sistema, dado que los aportes efectuados por el afiliado durante su vida productiva, con los cuales se edifica el financiamiento de la pensión, según los principios que inspiran el sistema de seguridad social, retornarán a RPM en su integridad, debidamente indexados, junto con los rendimientos y de ser necesario, con cargo a los recursos propios de cada AFP. De cualquier manera, Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar de asumir la obligación pensional del demandante en montos no

previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensión y así se indicará en la parte resolutive.

Impone señalar que la acción de ineficacia es imprescriptible, en tanto, los hechos o estados jurídicos no están sujetos a dicha figura, por tanto, puede solicitarse en cualquier tiempo, en la medida en que esta declaración tiene como objetivo comprobar o constatar un estado de cosas, la carencia de efectos jurídicos del acto desde su nacimiento, surgido con anterioridad al inicio del proceso, como lo ha puntualizado el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en las sentencias CSJ SL 1421-2019 CSJ SL373-2021 entre otras.

Importa señalar que la Ley 100 de 1993 en su artículo 52 asignó al Instituto de Seguros Sociales, la competencia general para la administración del régimen de prima media con prestación definida (RPM) y prohibió la creación de nuevas cajas, fondos o entidades de previsión o de seguridad social nacionales, y territoriales. Así mismo, autorizó a las cajas, fondos o entidades de seguridad social del sector público, para continuar administrando dicho régimen respecto de sus afiliados y mientras subsistieran sin perjuicio de que sus afiliados se acogieran a alguno de los regímenes regulados en la misma ley.

Por su parte, el Decreto 2196 del 12 de junio de 2009 ordenó la supresión y liquidación de la Caja Nacional de Previsión Social Cajanal EICE y el artículo 4 de esta preceptiva dispuso el traslado de sus afiliados al Instituto de Seguros Sociales ISS, dentro del mes siguiente a su vigencia. En tal virtud, aunque la demandante antes de cambiarse al régimen de ahorro individual no había realizado aportes al Instituto de Seguros Sociales, ello no impide que en aplicación de la ineficacia pueda ordenarse su retorno al régimen de prima media hoy administrado por Colpensiones, entidad que por virtud de la ley recibió los afiliados de la extinta Cajanal a la cual venía cotizando la accionante.

Estima la Sala que no hay lugar a absolver a Colpensiones de pagar costas del proceso toda vez que el artículo 365 del Código General del

Proceso dispone que se condenará a la parte vencida o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación o revisión que haya propuesto y, en el presente asunto, resultó derrotada, pues se declaró la ineficacia del traslado. En consecuencia, la sentencia se mantendrá en cuanto ordenó a Colpensiones a pagar las costas del proceso.

No se causan costas en este grado jurisdiccional, ni en la instancia ante su no causación.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral tercero de la sentencia proferida por el Juzgado Primero Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 16 de septiembre de 2021, que quedará del siguiente tenor: condenar a la AFP Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones debidamente actualizado el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con los rendimientos, los bonos pensionales así como los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima a que haya lugar; los gastos de administración, comisiones, y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

SEGUNDO: DECLARAR Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar de asumir la obligación pensional de la demandante en montos no

previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensión.

CONFIRMAR en los demás la sentencia del *a quo*.

Sin COSTAS en la consulta ni en la apelación ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO

Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada

Aclaró voto



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

LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 019 2019 00341 01
DEMANDANTE: LINA BEATRIZ GARCÍA BEDOYA
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA
DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS
PORVENIR S.A.

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

SENTENCIA

La Sala decide los recursos de apelación interpuestos por las demandadas AFP Porvenir S.A. y Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Primero Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 9 de septiembre de 2021. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

Este proceso ha pasado a la suscrita Magistrada por ponencia no aceptada por la mayoría, en consideración a que el proyecto inicial carecía de armonía y concordancia entre las valoraciones probatorias y las disertaciones jurídicas de la parte considerativa, y la decisión plasmada en la parte resolutive. Ello, como quiera que si bien, se confirmaba la sentencia de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado, la única motivación del proveído era que la Sala de Casación Laboral y Penal por vía de tutela ha dejado sin efectos algunas decisiones proferidas por este Tribunal que se apartaban del precedente sentado sobre la materia. Empero la argumentación legal y el análisis probatorio estaba dirigido a sustentar los motivos por los cuales se consideraba que no debía declararse ineficaz el acto jurídico del traslado (art. 280 del CGP).

En consecuencia, se consideró que una decisión en ese sentido podría quebrantamiento de las garantías fundamentales al debido proceso, a la defensa y al acceso a la administración de justicia (art. 29 y 228 y 229 Constitución Política), por carecer de “*congruencia interna*” que, según la Sala de Casación Laboral “(...) *exige armonía y concordancia entre las conclusiones judiciales derivadas de las valoraciones fácticas, probatorias y jurídicas implícitas en la parte considerativa, con la decisión plasmada en la parte resolutive. Por tanto, el fallo conforma un todo inescindible, un acto complejo, una unidad temática, entre la parte motiva y la resolutive*” (CSJ SL 2808-2018, reiterada en SL 440-2021).

Según la Corte Constitucional, la obligación de motivar las decisiones judiciales exige un esfuerzo argumentativo con “*miras a justificar su decisión y, por lo tanto, a convencer a las partes, a los demás jueces y al público en general, de que su resolución es la correcta*”. (CC-145-1998). Así mismo, el deber de motivación, además de ser una fuente de legitimación de la actividad judicial en un estado democrático, constituye un mecanismo que le permite al ciudadano conocer las razones de una decisión, para poder controvertirla y ejercer su derecho de defensa.

La misma Corporación ha puntualizado que:

Desde el punto de vista del operador judicial, la motivación consiste en un ejercicio argumentativo por medio del cual el juez establece la interpretación de las disposiciones normativas, de una parte, y determina cómo, a partir de los elementos de convicción aportados al proceso y la hipótesis de hecho que se construye con base en esos elementos, es posible subsumir el caso concreto en el supuesto de hecho de una regla jurídica aplicable al caso. En el estado constitucional de derecho, la motivación adquiere mayor importancia. (CC T-214- 2012).

I. ANTECEDENTES

La accionante pretendió que se declare la «*nulidad de la afiliación*» al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS), realizada el 14 de marzo de 1996, a través de la AFP Horizonte, hoy Porvenir S.A. En consecuencia, se ordenó al fondo privado retornarla a RPM junto con las

sumas recibidas en virtud de la afiliación como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, frutos, intereses y rendimientos. A Colpensiones a recibirla sin solución de continuidad. Se disponga a las demandadas reconocer los derechos a que haya lugar en virtud de las facultades ultra y extra *petita*, más las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 10 de enero de 1966, se afilió al Instituto de Seguros Sociales el 11 de enero de 1989 y allí cotizó 352.86 semanas. En marzo de 1996, se trasladó al RAIS a través de la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A. Manifestó que los asesores del fondo le ofrecieron beneficios superiores a los previstos en el régimen de prima media», Refirió que, conforme a proyección pensional realizada por la AFP, su mesada en el RAIS sería de \$828.116, entre tanto, en Colpensiones ascendería a \$2'293.858. Finalmente, que las demandadas le negaron la solicitud de traslado (expediente digital, archivo 01 fls. 7 a 37).

La AFP Porvenir S.A. se opuso al éxito de las aspiraciones. Manifestó que no son ciertos o no le constan los hechos. Propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y las demás declarables oficiosamente. En su defensa, refirió que no se acreditó que el acto jurídico cuestionado estuviera viciado de nulidad, toda vez que corresponde a una decisión informada, libre y voluntaria de la demandante (expediente digital archivo 01 fls. 229 a 275 subsanación fls. 315 a 317).

Colpensiones rechazó las súplicas. Admitió la data de nacimiento de la demandante, la afiliación al ISS, las semanas cotizadas, la reclamación administrativa y su respuesta. Manifestó que los restantes hechos no le constan. Formuló las excepciones de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del código civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de la causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, «no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público» y las demás declarables oficiosamente. Argumentó que la accionante no puede retornar al régimen de prima

media, pues no es beneficiaria del régimen de transición y está incurso en una prohibición legal en razón de la edad. Además, que el acto del traslado no está viciado y obedeció a la selección libre (expediente digital carpeta CD fl. 198).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Primero Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 9 de septiembre de 2021, resolvió: (01:12:48)

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado que realizó la señora Lina Beatriz García Bedoya, identificada con cédula de ciudadanía número 43.435.208, del régimen de Prima Media administrado por Colpensiones al de Ahorro Individual efectuado a través de la AFP Horizonte hoy Porvenir, el día 14 de marzo de 1996, conforme a las consideraciones expuestas en este proveído.

SEGUNDO: DECLARAR válidamente vinculada a la demandante Lina Beatriz García Bedoya, identificada con cédula de ciudadanía número 43.435.208, al régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado hoy por Colpensiones, como si nunca se hubiese traslado conforme se expuso.

TERCERO: CONDENAR a la demandada AFP Porvenir S.A. a devolver a la Colpensiones, todos los valores que hubiese recibido con motivo de la afiliación de la señora Lina Beatriz García Bedoya, identificada con cédula de ciudadanía número 43.435.208, como cotizaciones, aportes adicionales, bonos pensionales, rendimientos financieros, sin descontar los gastos de administración, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

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

QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por la pasiva.

SEXTO: CONDENAR en costas a Colpensiones y Porvenir a favor de la demandante. Fijándose como agencias en derecho de la suma de \$500.000 a cargo de cada uno de las mencionadas entidades.

SÉPTIMO: En caso de no ser objeto del recurso de apelación la presente decisión, remítase el expediente al Honorable Tribunal Superior de Bogotá, a fin de que se surta el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

Como sustento de su decisión, señaló que si bien existe un formulario de afiliación, la AFP no demostró que asesoró en debida forma a

la potencial afiliada sobre las características de cada régimen y las implicaciones del traslado.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes, las demandadas apelaron lo resuelto.

Colpensiones imploró revocar la sentencia bajo el argumento de que el traslado es válido, pues la AFP demostró que suministró información al momento del traslado. la demandante suscribió el formulario de afiliación sin presión alguna, siendo así que no se configuró vicio del consentimiento alguno. Sostuvo que la promotora del juicio, estuvo vinculada por un largo periodo al RAIS, tenía a su cargo deberes como consumidor financiero y sólo se ocupó de verificar su futuro pensional cuando ya contaba 47 años de edad y estaba inmersa en una prohibición legal. Aseguró que con el traslado ordenado se vulnera el principio de la sostenibilidad financiera, ya que se le esta dando prioridad al interés particular sobre el general y la entidad tendrá que reconocer una prestación a alguien que no ha contribuido al fondo común. Se opuso a la condena en costas.

La AFP Porvenir S.A. apeló que la jurisprudencia es un criterio auxiliar y los jueces en sus decisiones están sometidos al imperio de la ley, está que no establecía de manera clara la información que debía suministrarse a los potenciales afiliados, tan solo exigía la suscripción del formulario correspondiente, por ello, no es procedente pedir a la AFP acreditar requisitos que fueron incorporados con posterioridad en el ordenamiento jurídico, pues se vulnera el principio de confianza legítima. Expuso que si el acto jurídico no existió, los efectos retroactivos y las restituciones mutuas deben aplicarse a todos los intervinientes y la AFP no está obligada a trasladar los rendimientos financieros, porque se generaría un enriquecimiento sin causa en cabeza de Colpensiones. Refirió que no es procedente ordenar la devolución de gastos de administración, ya que estas sumas fueron descontadas por mandato legal, están destinadas a retribuir a la AFP por su gestión, mantuvieron cubierta a la actora para los riesgos de invalidez y muerte a través del pago de una póliza de seguro a

terceros, no vinculados al proceso; estos rubros no constituyen en capital para financiar la pensión y por eso susceptibles de prescribir.

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

De conformidad con el artículo 69 del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social, al ser la sentencia de primera instancia adversa a Colpensiones entidad de la cual es garante la Nación, también es procedente abordar su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

V. CONSIDERACIONES

Corresponde a esta Sala definir si es procedente declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual efectuado por la actora.

Para resolver, es menester recordar que el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 114 *ibidem* permite al afiliado la selección libre y voluntaria del régimen pensional; por su parte, el artículo 271 del mismo estatuto, señala las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, y ordena dejar sin efecto dicho acto, y realizar uno nuevo sin presiones.

El Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen del demandante, previó en el numeral 1 del artículo 97, la obligación de las entidades de seguridad social de suministrar a los usuarios la información necesaria, clara, veraz y objetiva para que se elijan las mejores opciones del mercado. Así lo aleccionó la Sala de Casación Laboral en la sentencia, CSJ SL1688 de 2019, por citar solo un ejemplo.

Por su parte, el artículo 4 del Decreto 656 de 1994, estipula que *“las administradoras son instituciones de carácter provisional y, como tales, se encuentran obligadas a prestar en forma eficiente, eficaz y oportuna todos*

los servicios inherentes a dicha calidad. Por lo tanto, serán responsables de los perjuicios que por su culpa leve se puedan ocasionar a los afiliados.”

De la misma manera, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 previó que *“los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.”*

La Sala de Casación Laboral, en proveído CSJ SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia CSJ SL 1688-2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde aquella institución. De otra parte, en las decisiones CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL19447-2017 y CSJ SL1421-2019, la misma Corporación indicó que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringe *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* la que no se configura con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues se requiere contar con elementos de juicio suficientes para entender las consecuencias de la decisión. Además, que la firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020, STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021; CSJ SL 150-2022).

Ese deber de información, según las reglas jurisprudenciales descritas, de acuerdo con la época en que se efectúa el traslado, incluye la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que conlleva dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales. Además, el análisis calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el

asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo. Incluso, a partir de Ley 1748 de 2014 y del Decreto 2071 de 2015, el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Igualmente, señaló el máximo Órgano de cierre de esta jurisdicción que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición, o si tiene o no una expectativa legítima, dado que en todos los casos debe cumplirse con el deber de orientación como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ STL3202-2020, CSJ STL3201-2020, CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021. Útil es recordar que en sentencia CSJ SL 689-2019, se indicó que tratándose de asuntos como el que ocupa la atención de la Sala, se invierte la carga de la prueba, y debe entonces la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional.

VI. CASO CONCRETO

Según el reporte de semanas cotizadas la actora se afilió al ISS el 11 de enero de 1989 (expediente digital archivo 01 fl. 44), migró al RAIS, administrado por Horizonte, hoy Porvenir S.A. el 14 de marzo de 1996, según consta en formulario de vinculación (expediente digital archivo 01 fls. 148 y 277), en el que se puede leer:

HAGO CONSTAR QUE LA SELECCIÓN DEL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD LA HE EFECTUADO EN FORMA LIBRE, ESPONTÁNEA Y SIN PRESIONES, MANIFIESTO QUE HE ELEGIDO A LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA HORIZONTE S.A. PARA QUE ADMINISTRE MIS APORTES PENSIONALES Y QUE LOS DATOS PROPORCIONADOS EN ESTA SOLICITUD.

Al absolver interrogatorio de parte la demandante señaló que para el momento del traslado estaba vinculada laboralmente con «*Fumigas LTDA*», allí asesores del fondo privado adelantaron una reunión en la que

indicaron que se podría pensionar en cualquier momento, después de los 40 años, que la mesada sería igual que en Colpensiones y que al fallecer la pensión se trasladaría a su esposo y sus hijos. Admitió que no leyó el formulario de afiliación, pero lo suscribió de manera libre y voluntaria. Refirió que al cumplir 40 años, se acercó a la AFP, donde un asesor le informó que podía esperar un poco más, que si quería hasta los 47 años, pero no le brindó información sobre el monto de la pensión que le sería reconocida, tampoco le pusieron de presente el término que tenía para retornar al régimen de prima media.

De cara a los medios de prueba mencionados, para esta Sala la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A, incumplió el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, (aplicable en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues no demostró en los términos señalados por la Sala de Casación Laboral, haber brindado a la demandante, al momento de la afiliación, una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiera al afiliado conocer los efectos del traslado, acorde a su situación personal.

Cumple reiterar que la suscripción del formulario de afiliación no es suficiente para acreditar el deber de información que le asiste al fondo privado, dado que este, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (CSJ STL3202-2020; CSJ STL3201-2020; CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021).

En consecuencia, resulta evidente que la susodicha administradora faltó a su deber en las condiciones fijadas por la jurisprudencia lo que conlleva la ineficacia del acto jurídico de traslado.

La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha adoctrinado que en tratándose de afiliados, los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga

las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos debieron ingresar a RPM. Criterio que igualmente, es aplicable frente al porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.

Por tanto, la AFP Porvenir S.A. administradora a la cual se encuentra actualmente afiliada la demandante, junto con los rendimientos, bonos pensionales y porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, a que haya lugar, los valores utilizados en seguros previsionales, con cargo a sus propias utilidades (CSJ SJ SL2209-2021, CSJ SL2207-2021 y CSJ SL5686-2021), así como los gastos de administración y las comisiones (CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020, CSJ SL373-2021, CSJ SL5686-2021). Por tanto, la sentencia será modificada en esta parte. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL2877-2020).

Conforme a los rubros que se ordena trasladar se protege la sostenibilidad del sistema, dado que los aportes efectuados por el afiliado durante su vida productiva, con los cuales se edifica el financiamiento de la pensión, según los principios que inspiran el sistema de seguridad social, retornarán a RPM en su integridad, debidamente indexados, junto con los rendimientos y de ser necesario, con cargo a los recursos propios de cada AFP. De cualquier manera, Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar de asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensión, por ello, la sentencia será adicionada en este punto.

Impone señalar que la acción de ineficacia es imprescriptible, en tanto, los hechos o estados jurídicos no están sujetos a dicha figura, por

tanto, puede solicitarse en cualquier tiempo, en la medida en que esta declaración tiene como objetivo comprobar o constatar un estado de cosas, la carencia de efectos jurídicos del acto desde su nacimiento, surgido con anterioridad al inicio del proceso, como lo ha puntualizado el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en las sentencias CSJ SL 1421-2019 CSJ SL373-2021 entre otras.

No se causan costas en este grado jurisdiccional, ni en la instancia ante su no causación.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral tercero de la sentencia proferida por el Juzgado Primero Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 9 de septiembre de 2021, que quedará del siguiente tenor: condenar a la AFP Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones debidamente actualizado el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con los rendimientos y los bonos pensionales a que haya lugar; así como los gastos de administración, comisiones, porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

SEGUNDO: DECLARAR que Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar de asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensión.

TERCERO: CONFIRMAR en los demás la sentencia del *a quo*.

Sin COSTAS en la consulta ni en la apelación ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO
Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada
Aclaro voto



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

LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrados ponentes

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 23 2020 00033 01.
DEMANDANTE: BLANCA INÉS CUBIDES FRANCO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES.

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

SENTENCIA

La Sala decide los recursos de apelación interpuestos por las partes contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 15 de diciembre de 2020, y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

La accionante pretendió que se condene a la demandada a pagarle, debidamente indexada, la pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento de su esposo Albino Ocoro Cundumi, a partir del 5 de febrero de 2018, junto con los intereses moratorios, y demás derechos a que haya lugar, en virtud de las facultades ultra y extra *petita*, y las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que convivió durante 7 años con Albino Ocoro Cundumi, el 8 de febrero de 1986, contrajeron matrimonio, fruto de su unión fueron sus hijas Diana Marcela y Natalia Ocoro Cubides hoy mayores de edad. Su cónyuge falleció el 5 de febrero de 2018, después de haber convivido por 39 años. Refirió que el Juzgado

Diecinueve de Familia de Bogotá mediante sentencia del 24 de marzo de 2015, declaró el divorcio debido a «*malos tratos, infidelidad e incumplimiento de los deberes como padre*» A pesar de la sentencia de cesación de los efectos civiles de matrimonio católico, no liquidaron la sociedad conyugal narró que durmieron en habitaciones separadas por tres meses, luego volvieron a tener vida común y convivieron juntos como familia profesándose ayuda y socorro hasta la muerte, incluso le colaboró al causante para cotizar en los periodos en que estuvo desempleado, lo afilió como su beneficiario en salud desde el 1 de agosto de 2008 hasta el 5 de febrero de 2018, también lo vinculó al seguro funerario el 27 de septiembre de 2017.

Relató que a Ocoro Cundumi le fue reconocida pensión el 15 de octubre de 2015. Colpensiones mediante Resolución SUB 95468 del 10 de abril de 2018, que la entidad le negó la prestación de sobrevivientes, bajo el argumento que en el registro civil de nacimiento del causante estaba consignada la cesación de los efectos civiles y liquidación de la sociedad conyugal, por lo que presumió la no convivencia; inconforme interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación pero la entidad confirmó su negativa mediante resolución DIR 10955 del 8 de junio de 2018 (fl. 3 a 20).

La demandada se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Aceptó el matrimonio de la demandante y el causante, las hijas que procrearon, que la actora cubrió los gastos fúnebres y que interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación frente a la negativa de reconocer la pensión de sobrevivientes. Manifestó que los demás hechos no son ciertos o no le constan. En defensa de sus intereses, propuso las excepciones de inexistencia del derecho y la obligación al reconocimiento de la sustitución pensional, inexistencia del reconocimiento y pago de los intereses moratorios e indexación, buena fe, prescripción y las demás declarables oficiosamente (fl 51).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 15 de diciembre de 2020, condenó a Colpensiones a reconocer y pagar pensión de sobrevivientes a la demandante con ocasión del fallecimiento de Albino Ocoro Cundumí, a partir del 5 de febrero de 2018, en la misma cuantía que devengaba el causante para este año, por el mismo número de mesadas y la autorizó a descontar los aportes para salud. Declaró no probadas las excepciones y se abstuvo de imponer costas (expediente digital).

Como sustento de su decisión, señaló que la demandante logró demostrar que aunque se divorció del causante y liquidaron la sociedad conyugal, permanecieron unidos, cohabitaron bajo el mismo techo y la convivencia se extendió por el término previsto en la ley. Estimó que situaciones de infidelidad pueden presentarse en las parejas, pero ante la reconciliación no se entiende interrumpida la convivencia. Definió que al negar la pensión la administradora aplicó la norma, y solamente en virtud de este proceso y en aplicación de la jurisprudencia se otorga el derecho, razón por la cual no hay lugar al pago de intereses moratorios.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes, las partes apelaron lo resuelto.

La demandante suplicó condenar a la demandada a pagar intereses moratorios, pues negó de manera caprichosa el reconocimiento de la pensión, ya que se demostró la convivencia con el causante primero como cónyuge y luego como compañera permanente. Indicó que de no concederse los intereses moratorios, se debía ordenar el pago de las sumas adeudadas debidamente actualizadas, pues el Juzgado no se ocupó de estudiar la indexación. De otro lado, sostuvo que la demanda fue vencida en juicio, razón suficiente para ordenarle pagar las costas del proceso.

La demandada persigue que se revoque la decisión. Arguye que la actora no tiene derecho a la prestación de sobrevivientes, como quiera que tanto de las declaraciones como del interrogatorio de parte, se extrae que

no recibió ningún apoyo económico del causante y fue ella quien siempre asumió las cargas del hogar y el estudio de las hijas. En consecuencia, no se puede establecer que existió apoyo económico. Refirió que conforme al dicho de «*Natalia*», Ocoro Cundumí, la separación de sus progenitores no se produjo por violencia o malos tratos, sino por las continuas infidelidades del causante. Refirió que la demandante no acredita el tiempo de convivencia como compañera permanente con el causante.

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

De conformidad con el artículo 69 del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social, al ser la sentencia de primera instancia adversa a Colpensiones entidad de la cual es garante la Nación, es procedente abordar su estudio también en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

V. CONSIDERACIONES

Corresponde a esta Sala definir si Blanca Inés Cubides Franco tiene derecho a sustituir la pensión que disfrutaba Albino Ocoro Cundumi, al pago de intereses moratorios y costas del proceso.

Es verdad averiguada que la norma aplicable para efectos del reconocimiento pensional es la vigente a la fecha del deceso del afiliado o pensionado. Así lo ha adoctrinado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en reiterados pronunciamientos (CSJ SL450-2018 y CSJ SL10146-2017, por citar algunos).

La demandada reconoció a Albino Ocoro Cundumi pensión de jubilación en aplicación de la Ley 71 de 1988, a partir del 16 de julio de 2013, en cuantía inicial de 657.743 (fl.33 a 35 Resolución SUB 102952 del 17 de abril de 2018), que el pensionado falleció el 5 de febrero de 2018, por causas de origen común (fl.24), de suerte que la prestación debe ser estudiada de conformidad con lo previsto en el artículo 13 de la Ley 797 de

2003, que modificó el 47 de la Ley 100 de 1993, que establece que son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

- a) En forma vitalicia, el cónyuge o la *compañera o compañero permanente* o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la *compañera o compañero permanente* supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte.
- b) En forma temporal, el cónyuge o la *compañera permanente supérstite*, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga menos de 30 años de edad, y no haya procreado hijos con este. La pensión temporal se pagará mientras el beneficiario viva y tendrá una duración máxima de 20 años.

(...)

Para demostrar la convivencia con el causante la demandante allegó: registro civil que da cuenta del matrimonio celebrado con Albino Ocoro Cundumi el 8 de febrero de 1986, el que presenta como anotación «*Cesación de sentencia Juzg (19) Bogotá D.C 24 de marzo de 2015 los efectos civiles de familia. Libro de varios Tomo 111 folio 127. Declarar disuelta y en estado de liquidación la sociedad conyugal*» (fl. 21). Aportó comunicación proveniente de la Nueva EPS, del 20 de junio de 2018, en la que se indica que está afiliada y dentro de sus beneficiarios figuró el causante desde el 1 de agosto de 2008 hasta el 5 de febrero de 2018 (fl. 36). Historia clínica de Ocoro Cundumi del 29 de enero de 2018, en la que se puede leer que del deceso se dio aviso a «*familiares (esposa)*» sin que se mencione el nombre de la actora (fls. 37 y 38). Allegó formato de solicitud de plan exequial contratado por la actora en el que incluyó dentro de los beneficiarios al causante (fl.39).

Obra declaración simple suscrita por Carmenza Ipuz Tafur en la que indica que conoció a la pareja conformada por la demandante y el causante porque la hija de ellos, tiene una relación sentimental con su hijo desde hace 15 años, sabe que aunque se separaron legalmente, «*eso quedó en el papel*», pues su convivencia no se interrumpió (fl. 40), también aportó

certificado de tradición de inmueble comprado por la pareja en el 25 de abril de 1984, impreso el 13 de febrero de 2018, que da cuenta de la cancelación de hipoteca del 13 de enero de 2015 y carece de anotación de enajenación del bien en razón a la liquidación de la sociedad conyugal (fl.43 a 45).

La promotora del juicio solicitó decretar y practicar los testimonios de Natalia y Diana Marcela Ocoro Cubides y Carmenza Ipus Tafur, esta última suegra de la hija del causante y la demandante Natalia Ocoro Cubides. Manifestó que los conoce hace como 30 años, porque fueron vecinos hasta el 2015, llevaron una relación cercana, se visitaban y frecuentaba el hogar de la pareja porque iba a cuidar a su nieta que nació en el 2005. Blanca y Albino le contaron que estaban en proceso de separación, ella le decía que el causante *«la maltrataba de palabra»* y en una oportunidad la había golpeado, por eso estaba aburrida, cansada. Aseguró que nunca presenció esa situación, todo lo veía normal, siempre los vio vivir bajo el mismo techo y prepararse alimentos mutuamente, no le consta ningún desaire entre los esposos. Después supo que se separaron en papeles, pero volvieron, no vio camas separadas. Indicó que después del divorcio visitó al causante en la clínica aproximadamente tres veces, también lo acompañó en el sepelio.

La testigo Natalia Ocoro Cubides hija de la demandante y el causante, sostuvo que sus padres tuvieron una relación de pareja normal, unos días estaban bien otros no tanto, tenían peleas y discusiones, pero eran cosas que se remediaban y todo volvía a su curso normal. Refirió que tomaron la decisión de separarse porque su mamá se dio cuenta que su padre había encontrado una persona con la que había empezado una relación, pero esto solo quedó en el papel, porque *«siempre permanecieron en la casa, se separaron de camas algún tiempo, pero igual volvieron a estar, digamos que la relación volvió a ser la misma, estar juntos a compartir su relación como un matrimonio normal»*. Aseguró que el alejamiento solo duró como 2 o 3 meses, pero sus progenitores siempre vivieron en la misma casa hasta el deceso de su padre, su mamá estuvo pendiente siempre de la salud de su padre, de todo lo relacionado con las

balas de oxígeno. Refirió que su progenitora tuvo la mayor carga económica, pagó la universidad, su padre les colaboraba a ella y su hermana con lo que podía, con los buses, las fotocopias, pero no un aporte económico grande, también apoyaba con el pago de algún servicio, pues no tenía un puesto estable, trabajó como independiente y como empezó a tener problemas de salud no podía llevar una vida normal.

Diana Marcela Ocoro Cubides también hija del causante y la demandante señaló que la relación de sus padres era *«por momentos bien y por momentos mal»*, peleaban bastante, él era muy infiel, su mamá sufrió por ello *«pero ellos a pesar de pelear, a pesar de todas las cosas, siempre estuvieron juntos, nunca se separaron o nunca se fueron de la casa, ninguno quiso hacer nada, ellos se separaban de cama, pero después volvían, mi mamá siempre estaba muy pendiente de mi papá»*. Refirió que su padre padecía una enfermedad crónica desde hacía mucho tiempo, por la que debió ser hospitalizado en varias oportunidades y era su progenitora, quien estaba pendiente, la que trasnochaba y le proveía lo que necesitara. Indicó que su padre *«no fue económicamente activo»* era la demandante quien asumía la carga del hogar, incluso fue quien le pago su carrera universitaria.

Aseguró que dejó de vivir en la casa de familia en el 2012, cuando se casó y regresó después del fallecimiento de Ocoro Cundumi. Supo que la separación que se originó en una infidelidad de su padre quien estaba enamorado de otra persona, por eso propuso la separación y su mamá dijo que sí, pero la relación no le prosperó, nunca vivió con esa persona, fue como una aventura, por lo que nunca se fue de la casa, después, estuvo muy decaído, su salud empeoró, debido al EPOC que padecía por el consumo de cigarrillo, lo hospitalizaban como dos o tres veces en el año y fue su mamá quien estuvo al tanto apoyándolo. Señaló que aunque para la época del divorcio no vivían la casa, si la visitaba todos los días, pues su mamá era quien cuidaba de sus hijos, además se quedaba allí algunos fines de semana.

Al absolver interrogatorio de parte, la demandante manifestó que convivió con el causante durante 7 años en los cuales procrearon a sus dos hijas, luego se casaron. Se separaron porque él era maltratador e infiel. Adujo que el proceso de divorcio duro aproximadamente nueve meses, pero siempre convivieron bajo el mismo techo, ninguno abandonó el hogar y solamente durmieron en camas separadas un mes antes de que fuera proferida la sentencia y dos meses después él empezó a prometerle cosas y volvieron como pareja.

Al analizar en conjunto los medios probatorios señalados, emerge con claridad que la demandante logró demostrar que pese a que se divorció del causante y liquidaron la sociedad conyugal en marzo de 2015, convivieron de forma ininterrumpida por más de 30 años hasta el 15 de febrero de 2018, data en que falleció Ocoro Cundumí. De conformidad con el dicho de las testigos la pareja tuvo varios inconvenientes, ocasionados al parecer por infidelidades de parte del causante, incluso una de las hijas manifestó que su padre se enamoró de otra persona y en esa época se dio el divorcio, no obstante todas coincidieron en afirmar que la pareja mantuvo la convivencia bajo el mismo techo y si bien durante algunos meses durmieron en camas separadas, esa situación fue superada y volvieron a hacer vida marital.

Fueron las deponentes contestes en indicar que la promotora del juicio soportó la mayor carga del hogar y la educación de las hijas, incluso relataron que ayudó a su pareja a pagar los aportes a pensiones y lo mantuvo como su beneficiario en salud. La testigo Carmenza Ipus Tafur atinó a decir que nunca vio desaires entre la pareja y que uno y otro se ocupaban de la preparación de alimentos para todos y compartían en el hogar y que la demandante acompañó al pensionado en su enfermedad.

El dicho de las testigos ofrece credibilidad a la Sala pues se trata de las hijas de la pareja y de una amiga que en razón a los vínculos de familiaridad y cercanía, tienen conocimiento de los aspectos íntimos de la convivencia de la pareja, además hicieron un relato espontáneo y coincidente de las situaciones que marcaron la cohabitación.

Importa recordar que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia que ha enseñado que «*Cuando se trata de desacuerdos que conllevan a que de manera transitoria los cónyuges o compañeros no compartan el mismo techo, pero mantienen aspectos que indican inequívocamente que no les interesa acabar con la relación, tal distanciamiento no tiene la virtualidad de romper la convivencia*» (CSJ SL 754-2022), y debe validarse la continuidad consciente del vínculo, el apoyo moral, material y efectivo y en general el acompañamiento espiritual permanente que dé la plena sensación de que no ha sido la intención de la pareja dejar de forjar su vida en común.

Bajo este panorama, resulta evidente que la accionante cumplió el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso aplicable por remisión expresa del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, pues demostró que convivió con el pensionado en los cinco años anteriores a su deceso un periodo en calidad de cónyuge y el restante como su compañera permanente y que mantuvieron una comunidad de vida estable, permanente y firme, de mutua comprensión, soporte en las vicisitudes de la vida en pareja, en la enfermedad y se profesaron apoyo. En consecuencia, tal como Acertadamente concluyó el *a quo* tiene derecho a sustituir la pensión que envida disfrutó Albino Ocoro Cundumi.

Conviene señalar que las consideraciones hasta aquí expuestas fueron acogidas de manera unánime por la Sala de decisión. No obstante, la Sala mayoritariamente desestimó las razones que expuso la sustanciadora inicial referentes a que Colpensiones debe pagar intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, por considerar que tal como ha enseñado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, esta condena opera de manera automática cuando, a partir del momento de la solicitud, la prestación no se otorga dentro de los plazos establecidos en las disposiciones legales. Por tal motivo, los jueces no deben analizar el actuar de las administradoras de pensiones para

determinar si se enmarca en los postulados de la buena fe al negar la pensión (CSJ SL 704-2021, CSJ SL 3130-2020, CSJ SL5627-2019).

La Sala mayoritariamente considera que la sentencia de primera instancia debe ser confirmada en cuanto absolvió a Colpensiones de pagar intereses moratorios, pues la entidad se abstuvo de reconocer la pensión de sobrevivientes, entre otras, porque en el registro civil de matrimonio aparece la anotación correspondiente a la cesación de efectos del acto jurídico y la disolución y liquidación de la sociedad conyugal, siendo esta una de las causales, previstas en el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, y el reconocimiento se otorga en aplicación de la jurisprudencia.

Siendo relevante considerar que la Sala Laboral de la Corte suprema de Justicia ha establecido que no proceden los referidos intereses cuando la actuación de la Administradora se da por una aplicación razonable de los mandatos normativos, conforme en sus sentencias CSJ SL5079 de 2018, CSJ SL3130 de 20920, CSJ SL079 de 2021, entre otras, tal y como ocurrió en el presente asunto.

De otra parte, el artículo 365 del Código General del Proceso dispone que se condenara en costas a la parte vencida en juicio, por lo que no hay razón alguna para absolver a la demandada por este concepto, como quiera que al contestar la demanda se opuso a todas las pretensiones relacionadas en el escrito introductorio y salió condenada. Bajo este entendido, la Sala revocará en este punto la sentencia de primera instancia, para en su lugar condenar a la demandada a pagar las costas del proceso.

No se causan costas en el grado jurisdiccional ni en la instancia. Las de primera estarán a cargo de la demandada.

VI. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR el numeral quinto de la sentencia proferida el 15 de diciembre de 2020 por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá para, en su lugar, condenar a Colpensiones a pagar las costas de primera instancia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en los demás la sentencia del *a quo*.

Sin COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO

Magistrada

(Salvamento parcial de voto en cuanto se absolvió a la demandada de pagar intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, por considerar procedente la condena en aplicación de las sentencias CSJ SL704-2021, CSJ SL3130- 2020 entre otras)



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada



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

LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 026 2019 00635 01
DEMANDANTE: JAIME FERNANDO PARADA CASANOVA
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE FONDOS
DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

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

SENTENCIA

La Sala decide el recurso interpuesto por la demandada AFP Porvenir S.A. contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 19 de octubre de 2021. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

El accionante pretendió que se reconozca la ineficacia de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). De forma subsidiaria se declare la nulidad del traslado al RAIS. Así mismo, la «exclusión» de todo efecto jurídico del acto de afiliación, y como válidamente afiliado y sin solución al régimen de prima media con prestación definida (RPM). Se declare que la AFP Porvenir S.A. está obligada a devolver la totalidad de los aportes, rendimientos, bonos pensionales y demás conceptos económicos relacionados con las cotizaciones efectuadas, sin efectuar deducción alguna. Que el actor adquirió el derecho a la pensión de vejez del artículo 33 de la Ley 100 del 1993 desde el 2 de agosto de 2018. En consecuencia, condene a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones todos y cada uno de los aportes efectuados por el accionante. A esta última a reactivar la afiliación, actualizar la historia laboral, a

reconocer y pagar la pensión del actor junto con su retroactivo e intereses moratorios, a reconocer y pagar la indexación de las mesadas causadas desde el momento en que se causó el derecho prestacional. Se disponga a las demandadas reconocer los derechos a que haya lugar en virtud de las facultades ultra y extra *petita*, más las costas del proceso.

En respaldo de sus aspiraciones, narró que nació el 2 de agosto de 1956 y se afilió al Instituto de Seguros Sociales en marzo de 1980 y cotizó 508.71 semanas. El 8 de mayo de 1994 se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) a través de la AFP Colpatria, hoy Porvenir S.A. Indicó que la afiliación se efectuó en el lugar de trabajo mediante una reunión grupal. Adujo que el formulario fue diligenciado por el asesor. Refirió que la AFP el 11 de mayo del 94 realizó un cálculo de la pensión siendo la mesada del fondo privado una sexta parte más alta que la del entonces ISS. Señaló que Porvenir no le suministro información oportuna, adecuada, suficiente, clara, comprensible y cierta sobre las características, ventajas y desventajas de cada régimen. Que actualmente tiene un total de 1498 semanas. Refirió que de acuerdo con proyección realizada por la AFP, la mesada que recibirá en el RAIS de \$1'099.300, entre tanto, en Colpensiones ascendería a \$2'511.977. Finalmente, que le fue negada la solicitud de cambio de régimen que elevó a Colpensiones (expediente digital, archivo 01 fl. 2 a 23, subsanación fl. 82).

Colpensiones rechazó las pretensiones. Admitió la data de nacimiento del actor, la vinculación al RPM, el traslado a Porvenir S.A., las semanas cotizadas y la reclamación administrativa. Manifestó no constarle los demás fundamentos fácticos. En su defensa formuló las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido, buena fe, presunción de legalidad de los actos administrativos. Como fundamentos y razones de derecho planteó que el actor gozaba de plena autonomía para cambiarse de régimen y la parte actora no podrá retornar al RPM por ausencia de requisitos legales y jurisprudenciales (expediente digital, archivo 06 fl. 2 a 14, subsanación archivo 09).

Por auto del 28 de septiembre de 2021 el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., se tuvo por no contestada la demanda por parte de la AFP Porvenir S.A. (expediente digital, archivo 15).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 19 de octubre de 2021, (28:28) resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la nulidad del traslado efectuado por el demandante Jaime Fernando Parada Casanova al régimen de ahorro individual con solidaridad a partir del 8 de mayo de 1994.

SEGUNDO: CONDENAR a la Sociedad de Fondos de Pensiones Porvenir a transferir a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones la totalidad de los aportes realizados por el demandante junto con sus rendimientos financieros causados y sin que haya lugar a descontar suma alguna por concepto de administración.

TERCERO: CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones para que acepte dicha transferencia y contabilice para todos los efectos pensionales las semanas cotizadas por el demandante conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones al reconocimiento y pago de la pensión de vejez a favor del demandante de conformidad con la Ley 797 de 2003 calculándose el ingreso base de liquidación con lo promedio de lo devengado durante los 10 últimos años o durante toda su vida laboral si este es más favorable y contabilizando hasta la última semana de cotización por el demandante y hasta la última semana cotizada, razón por la cual el retroactivo deberá ser pagado desde dicha data sin que haya lugar al pago de los intereses moratorios conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas.

SEXTO: CONDENAR en costas de esta instancia al Fondo de Pensiones Porvenir fijándose como agencias en derecho la suma de \$1.000.000.

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP aportó formulario de afiliación, pero no demostró haber cumplido con el deber de brindar información al actor clara, suficiente y veraz que le permitiera tomar la decisión de trasladarse consiente de las implicaciones de su decisión. Concluyó que el accionante tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez una vez la AFP traslade los recursos a Colpensiones, el reconocimiento se dará a partir del día siguiente a la última cotización.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes, la demandada Porvenir S.A. apela lo resuelto.

La AFP Porvenir S.A. aspira que se revoque la sentencia dado que el traslado es un acto jurídico válido, adelantado por una persona capaz, que se configuró en los términos previstos en la norma para la época y no es dable exigirle acreditar requisitos introducidos con posterioridad en el ordenamiento jurídico y desarrollados por vía jurisprudencial, tampoco pretender que para esa fecha se le hubiera indicado al actor cuál sería el monto de su mesada pensional, porque está se determina con base en distintos aspectos como el número de semanas cotizadas, los salarios y los beneficiarios, datos con los que no se contaba. Expuso que la voluntad del demandante quien seleccionó libremente el régimen de ahorro individual se materializó con la suscripción del formulario. Sostuvo que el demandante ratificó su voluntad de permanecer en el RAIS con el largo periodo de vinculación y las constantes cotizaciones. Señaló que no es procedente ordenar la devolución de gastos de administración, pues estas sumas fueron descontadas por mandato legal, compensaron la gestión de la AFP que produjo rendimientos, los cuales también se ordena trasladar, pese a que ello no va en armonía con la teoría de las restituciones mutuas derivadas de la declaración e ineficacia.

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

De conformidad con el artículo 69 del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social, al ser la sentencia de primera instancia adversa a Colpensiones entidad de la cual es garante la Nación, también es procedente abordar su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

V. CONSIDERACIONES

Corresponde en esta Sala definir si es procedente declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual efectuado por el actor.

Para resolver, es menester recordar que el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 114 *ibidem* permite al afiliado la selección libre y voluntaria del régimen pensional. Por su parte, el artículo 271 del mismo estatuto, señala las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, y ordena dejar sin efecto dicho acto, y realizar uno nuevo sin presiones.

El Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen del demandante, previó en el numeral 1 del artículo 97, la obligación de las entidades de seguridad social de suministrar a los usuarios la información necesaria, clara, veraz y objetiva para que opten por las mejores opciones del mercado. Así lo aleccionó la Sala de Casación Laboral en la sentencia, CSJ SL1688 de 2019, por citar un ejemplo.

Por su parte, el artículo 4 Decreto 656 de 1994, estipula que *“En su calidad de administradoras del régimen de ahorro individual con Solidaridad, las administradoras son instituciones de carácter provisional y, como tales, se encuentran obligadas a prestar en forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a dicha calidad. Por lo tanto, serán responsables de los perjuicios que por su culpa leve se puedan ocasionar a los afiliados.”*

De la misma manera, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 previó que *“los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.”*

La Sala de Casación Laboral, en proveído CSJ SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia CSJ SL 1688-2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde aquella institución. De otra parte, en las decisiones CSJ SL, 9 sep. 2008, radicado 31.989 de 2008, CSJ SL 19.447 de 2017 y CSJ L 1421 de 2019, la misma Corporación indicó que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringe *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* la que no se configura con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues se requiere contar con elementos de juicio suficientes para entender las consecuencias de la decisión. Además, que la firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020, STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021; CSJ SL 150-2022).

Ese deber de información, según las reglas jurisprudenciales descritas, de acuerdo con la época en que se efectúa el traslado, incluye la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que conlleva dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales. Además, el análisis calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo. Incluso, a partir de Ley 1748 de 2014 y del Decreto 2071 de 2015, el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Igualmente, señaló el máximo Órgano de cierre de esta jurisdicción que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición, o si tiene o no una expectativa legítima, dado que en todos los casos debe cumplirse con el deber de orientación como requisito

sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia CSJ SL1688 de 2019, CSJ STL3202-2020, CSJ STL3201-2020, CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021. También en sentencia SL 1689-2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil, se establece que tratándose de asuntos como el que ocupa la atención de la Sala, se invierte la carga de la prueba, y debe entonces la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional.

VI. CASO CONCRETO

Según el reporte de semanas cotizadas el actor se afilió al Instituto de Seguros Sociales el 17 de marzo de 1980 (expediente digital, archivo 07). Migró al RAIS, administradora Porvenir S.A. el 9 de mayo de 1994, con la suscripción de formulario de afiliación (expediente digital, archivo 01 fl. 58) en el que se puede leer:

HAGO CONSTAR QUE REALIZO DE FORMA LIBRE, ESPONTÁNEA Y SIN PRESIONES LA ESCOGENCIA AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL, ASÍ COMO LA SELECCIÓN DE ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR PARA QUE SEA LA ÚNICA QUE ADMINISTRE MIS APORTES PENSIONALES. TAMBIÉN DECLARO QUE LOS DATOS PROPORCIONADOS EN ESTA SOLICITUD SON VERDADEROS.

Posteriormente cambió horizontalmente a la AFP Colpatria el 1 de junio de 1997, a Horizonte el 29 de septiembre de 2000 y a partir del 1 de enero de 2014 en adelante a Porvenir (expediente digital, archivo 12, fl. 28).

Al absolver interrogatorio de parte, el demandante manifestó que para la época del traslado a su lugar de trabajo llegaron asesores de fondos privados, quienes indicaron que allí se pensionaría anticipadamente y obtendría una mesada superior, pero no le explicaron como sucedería. Indicó que es ingeniero y en razón a sus funciones trabajaba en campo, por ello solamente se acercó a verificar sobre su

futuro pensional cuando estaba cerca de alcanzar la edad y allí se enteró que su mesada sería mínima.

De cara a los medios de prueba mencionados para esta Sala la AFP Porvenir S.A, incumplió el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, (aplicable en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues no demostró en los términos señalados por la Sala de Casación Laboral, haber brindado al demandante al momento de la afiliación, una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiera conocer al afiliado los efectos del traslado, acorde a su situación personal.

Cumple reiterar que la suscripción del formulario de afiliación no es suficiente para acreditar el deber de información que le asiste al fondo privado, dado que este a lo sumo acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (CSJ STL3202-2020; CSJ STL3201-2020; CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021).

De otra parte, los actos de relacionamiento materializados con la permanencia en el RAIS y las cotizaciones realizadas no aplica en los asuntos de ineficacia de traslado por resultar posteriores al acto jurídico inicial, tampoco la inobservancia de los deberes del afiliado como consumidor financiero.

En consecuencia, resulta evidente que la susodicha administradora faltó a su deber en las condiciones fijadas por la jurisprudencia lo que conlleva la ineficacia del acto jurídico de traslado, el que tampoco puede entenderse validado por el traslado entre administradoras, como reiteradamente lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia (CSJ SL 4360 -2019).

Como quiera que el Juzgado declaró la nulidad del traslado al RAIS, la Sala modificará la decisión de primera instancia, para decretar la

ineficacia del traslado, dado que el examen del acto de cambio de régimen pensional por trasgresión a deber de información se debe abordar desde esta institución en sentido estricto y no desde la óptica de la nulidad.

La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha adoctrinado que en tratándose de afiliados, los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos debieron ingresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida Criterio que igualmente es aplicable frente al porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima (CSJ SL2209-2021).

Por tanto, la Porvenir S.A. administradora a la cual se encuentra actualmente afiliado el demandante, deberá entregar a Colpensiones el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto con los rendimientos, bonos pensionales y porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, a que haya lugar, los valores utilizados en seguros previsionales, con cargo a sus propias utilidades (CSJ SJ SL2209-2021, CSJ SL2207-2021 y CSJ SL5686-2021), así como los gastos de administración y las comisiones, descontadas al demandante incluso cuando perteneció a las AFP Colpatria y Horizonte (CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020, CSJ SL373-2021, CSJ SL5686-2021). Por tanto, la sentencia será modificada en esta parte. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL2877-2020).

Finalmente, la acción de inejecución es imprescriptible, en tanto, los hechos o estados jurídicos no están sujetos a dicha figura, por tanto, puede solicitarse en cualquier tiempo, en la medida en que esta declaración tiene como objetivo comprobar o constatar un estado de cosas,

la carencia de efectos jurídicos del acto desde su nacimiento, surgido con anterioridad al inicio del proceso, como lo ha puntualizado el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en las sentencias CSJ SL 1421-2019 CSJ SL373-2021 entre otras.

Establecido entonces que el demandante se encuentra válidamente afiliado a Colpensiones, pasa la Sala a determinar si tiene derecho al reconocimiento de la pensión de vejez de conformidad con la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003

El artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003, contempla como requisitos para acceder a la pensión de vejez en lo que interesa al proceso, que la afiliada mujer haya alcanzado los 57 años y acredite cotizaciones por un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo. Precisa la norma que a partir del 1º de enero del año 2005 el número de semanas se incrementaría en 50 y a partir del 1 de enero de 2006 ascenderá en 25 cada año hasta llegar a 1300 semanas en el año 2015.

En esa perspectiva, una vez realizadas las validaciones correspondientes, se determina que el accionante alcanzó los 62 años de edad el 2 de agosto de 2018 (fl. 55 archivo 1 expediente digital) y que a lo largo de su vida laboral acredita más de 1.300 semanas cotizadas (fls. 27 a 36), por lo que tiene derecho a acceder a la pensión de vejez en los términos previstos en la ley de seguridad social. No obstante, como determinó la jueza de conocimiento, no es posible determinar el monto de la prestación, tampoco la fecha de disfrute.

De otro lado, sólo hasta que Colpensiones reciba a satisfacción el traslado del saldo en cuenta individual, los rendimientos y los bonos pensionales a que haya lugar; así como los gastos de administración, las comisiones, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales estará obligada a reconocer la prestación de vejez, pues no cuenta en la actualidad con los recursos para financiar la pensión, en todo caso, como

tercero de buena fe, no intervino en el acto del traslado. Por tanto la sentencia será adicionada en este punto.

De conformidad con las consideraciones expuestas, surtido el grado jurisdiccional de consulta y atendidos los argumentos de apelación, esta Colegiatura adiciona la decisión analizada en la forma anunciada.

No se causan costas en este grado jurisdiccional, ni en la instancia ante su no causación.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral primero de la sentencia proferida por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 19 de octubre de 2021, para en su lugar, disponer la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por el demandante, conforme quedó expresado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia analizada, el que quedará del siguiente tenor: condenar a la AFP Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones con cargo a sus propios recursos y debidamente actualizadas todas las sumas descontadas al demandante por gastos y cuotas de administración, sumas adicionales de la aseguradora, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales mientras el demandante estuvo vinculado a este fondo y por ende a Colpatria y Horizonte. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el

detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

TERCERO: ADICIONAR el numeral cuarto de la decisión en el sentido de indicar que Colpensiones únicamente estará llamada a cumplir la orden de pagar la pensión cuando haya recibido a satisfacción el traslado de los rubros señalados en el numeral segundo de esta providencia, en la forma ahí dispuesta.

CUARTA: CONFIRMAR en los demás la sentencia del *a quo*.

Sin COSTAS en la consulta ni en la apelación ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO

Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada

Aclaro voto



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

LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 027 2019 00401 01
DEMANDANTE: JOSÉ EMILIO MÉNDEZ QUINTERO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. Y SKANDIA ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTIAS S.A.

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

SENTENCIA

La Sala decide los recursos interpuestos por las demandadas AFP Porvenir S.A., Protección S.A. y Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 19 de julio de 2021. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

El accionante pretende que se declare la «nulidad» del traslado del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS) a través de la AFP Protección S.A. realizado el 1 de noviembre de 2010. En consecuencia, se condene al fondo a restituir a Colpensiones los valores obtenidos en virtud de la vinculación, tales como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos y cuotas de administración. A esta última a recibirlo junto con las sumas de la cuenta individual y actualizar la historia laboral. Se condene a Protección S.A. a pagar perjuicios morales. Así mismo, se disponga a las demandadas a

reconocer derechos a que haya lugar en virtud de las facultades ultra y extra *petita* más las costas del proceso. Subsidiariamente, se declare la «ineficacia e inoperancia» del traslado del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) a través de la AFP Protección S.A. el 1 de noviembre de 2010.

En respaldo de sus aspiraciones, narró que nació el 29 de junio de 1963. El 1 de julio de 1997, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) a través de la AFP Porvenir S.A., posteriormente realizó cambios horizontales a ING S.A., Protección S.A. y Old Mutual. Adujo que los asesores no le informaron de manera transparente, completa, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y cierta respecto de las características de cada régimen, las diferencias y las implicaciones del cambio conforme a sus circunstancias personales. Finalmente, que las demandadas negaron la petición de retornar a Colpensiones (fls. 2 a 23).

La AFP Old Mutual, hoy Skandia S.A se resistió el éxito de las peticiones. Admitió la data de nacimiento del actor, el traslado de régimen, la solicitud de retorno a RPM y su respuesta. Manifestó no constarle los hechos restantes. Propuso las excepciones de buena fe, pago y las demás declarables de oficio. En su defensa expuso que la Ley 100 de 1993, creó el sistema general de pensiones que contempla dos regímenes pensionales que coexisten y son excluyentes entre sí, en aras de garantizar la libre escogencia de los ciudadanos. Precisó que a través de personal idóneo y capacitado brindó la asesoría correspondiente al demandante, es así que la afiliación a la AFP se realizó acorde con los parámetros legales vigentes para esa data (fls. 176 a 180).

La AFP Protección S.A. rechazó las suplicas. Aceptó la data de nacimiento del accionante, que actualmente está cotizando a este fondo y que reclamó el cambio de régimen. Manifestó que no son ciertos o no le constan los demás hechos. Planteó las excepciones de declaración de manera libre y espontánea del demandante al momento de la afiliación a la AFP, reasesoría en el mes de mayo 2015, por parte de la AFP Protección S.A., buena fe, «inexistencia de la obligación de devolver la comisión de

administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa», «inexistencia de la obligación de devolver el seguro provisional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe»; prescripción y las declarables oficiosamente. Expuso en defensa de sus intereses, que el actor suscribió formulario de vinculación en el que quedó consignado que realizó la selección de régimen e forma libre y voluntaria. Adujo que el promotor del juicio se trasladó varias veces entre administradoras actuar con el cual ratificó su voluntad de permanecer en el RAIS y no es procedente ordenar el traslado, pues el interesado no acredita 750 semanas cotizadas al 1 de abril de 1994 (fls. 220 a 227)

Colpensiones rechazó las pretensiones. Admitió la data de nacimiento del actor, la vinculación al régimen de prima media. En su defensa formuló las excepciones de descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción y caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y las demás declarables oficiosamente. Refirió que la afiliación no adolece de nulidad alguna, el actor no hizo uso del derecho al retracto, solicitó el traslado de régimen en 2018, cuando contaba con 55 años y estaba incurso en la prohibición legal de retornar a prima media en razón a la edad y está impedido para retornar en cualquier tiempo como quiera que la 1 de abril de 1994 no contaba con 750 semanas cotizadas (fls. 254 a 271).

La AFP Porvenir S.A rechazó las peticiones del escrito inaugural. Manifestó que no son ciertos o no le constan los hechos restantes. Propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y las declarables de oficio. Alegó que la afiliación a esta AFP fue producto de una decisión libre de presiones o engaños, según consta en el formulario, que el demandante no es beneficiario del régimen de transición, por ello debe respetar los términos legales moverse entre regímenes. Indicó que brindó asesoría veraz, íntegra y oportuna por lo que no procede declarar la ineficacia solicitada (fls. 298 a 319).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 19 de julio de 2021 a folios 334 y 335, resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado del señor José Emilio Méndez Quintero del régimen de prima media con prestación definida administrado por la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, al de ahorro individual con solidaridad administrado por la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. Así mismo, se declara la ineficacia de los traslados horizontales efectuados dentro del RAIS.

SEGUNDO: CONDENAR a la AFP Protección a devolver a la Administradora de Pensiones y Cesantías – Colpensiones todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual del señor José Emilio Méndez Quintero, como aportes, bonos pensionales que se encuentren o no en la cuenta de ahorro individual, sin descontar valor alguno por cuotas de administración, comisiones, aportes de fondo de garantía de la pensión mínima.

TERCERO: CONDENAR a las AFP Porvenir S.A. y a la AFP Skandia S.A. que traslade a Colpensiones las sumas descontadas al demandante por cuotas de administración, comisiones y aportes al fondo de garantía de la pensión mínima, por todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del litigio al sistema general de pensiones durante su vida laboral deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrada por Colpensiones.

CUARTO: CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a tener como válidamente afiliado al señor José Emilio Méndez Quintero al régimen de prima media con prestación definida como si nunca se hubiese trasladado y recibir los dineros trasladado por parte de las AFP privadas, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones formuladas por Colpensiones, Porvenir, Skandia y Protección S.A.

SEXTO: CONDENAR a la demandada AFP Porvenir en la suma de \$1.000.000 como agencias en derecho. No condenar en costas a Colpensiones ni a la AFP Protección, ni Skandia Pensiones y Cesantías, quien dio lugar al inicio de este proceso fue Porvenir.

Como sustento de su decisión, señaló que la suscripción del formulario de afiliación no es suficiente para demostrar que se brindó al potencial afiliado asesoría en los términos indicados por la Corte Suprema de Justicia. Concluyó que la AFP no demostró que ilustró al potencial afiliado sobre las condiciones, accesos, efectos y riesgos de cada uno de los

regímenes pensionales, la existencia de un régimen de transición, los requisitos para pensionarse en cada uno de acuerdo a su situación particular, por lo que procede declarar la ineficacia del traslado.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes, las demandadas apelaron lo resuelto.

Colpensiones reclama la revocatoria de la sentencia bajo el argumento de que el demandante al momento de solicitar el retorno al RPM en el 2018 contaba con 55 años y por ello estaba incurso en una prohibición legal. Sostuvo que no está demostrada la configuración de vicio del consentimiento alguno y el promotor del juicio al momento del traslado era mayor de edad y plenamente capaz, además como consumidor financiero tenía el deber de concurrir suficientemente ilustrado a escoger su régimen pensional. Solicitó dar cumplimiento a la sentencia respecto a la devolución de las sumas obrantes en la cuenta de ahorro del demandante, como cotizaciones, rendimientos, bonos pensionales, cuotas abonadas, gastos de administración y demás que hubiere lugar, debidamente indexados por el periodo en que perteneció el afiliado al fondo privado, sin descontar suma alguna por concepto de seguro de invalidez o vejez, en aras de salvaguardar la sostenibilidad financiera del sistema.

La AFP Porvenir S.A. aspira que se revoque la decisión, pues el formulario de afiliación es la prueba idónea para demostrar que cumplió con el deber de proporcionar información al accionante, quien al absolver interrogatorio de parte admitió que fue ilustrado verbalmente y que tuvo la oportunidad de formular preguntas, que le permitieron conocer las características del RAIS. Alegó que no es dable exigirle acreditar requisitos incorporados en el ordenamiento jurídico con posterioridad al traslado. Refirió que no es posible ordenar el traslado de gastos de administración porque estas sumas fueron deducidas por disposición legal, compensaron la gestión de las AFP, que produjo rendimientos en la cuenta individual, los cuales también se ordena trasladar y con ello se genera un enriquecimiento sin causa en cabeza de Colpensiones. Finalmente, expuso

que los referidos gastos no forman parte integral de la pensión de vejez y están sujetos a la prescripción.

Protección aspira ser absuelta de devolver los gastos de administración y las sumas destinadas a cubrir las pólizas de seguros previsionales, pues estos rubros fueron descontadas por mandato legal y compensaron la gestión de todos los fondos privados a los que el demandante estuvo vinculado y que permitió obtener rendimientos que están depositados en la cuenta de ahorro individual, y con ello se genera un enriquecimiento sin justa causa a favor del demandante.

III. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

De conformidad con el artículo 69 del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social, al ser la sentencia de primera instancia adversa a Colpensiones entidad de la cual es garante la Nación, también es procedente abordar su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

IV. CONSIDERACIONES

Corresponde en esta Sala definir si es procedente declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual efectuado por el actor.

Para resolver, es menester recordar que el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 114 *ibidem* permite al afiliado la selección libre y voluntaria del régimen pensional; por su parte, el artículo 271 del mismo estatuto, señala las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, y ordena dejar sin efecto dicho acto, y realizar uno nuevo sin presiones.

El Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen

del demandante, previó en el numeral 1 del artículo 97, la obligación de las entidades de seguridad social de suministrar a los usuarios la información necesaria, clara, veraz y objetiva para que se elijan las mejores opciones del mercado. Así lo aleccionó la Sala de Casación Laboral en la sentencia, CSJ SL1688 de 2019, por citar solo un ejemplo.

Por su parte, el artículo 4 del Decreto 656 de 1994, estipula que *“las administradoras son instituciones de carácter provisional y, como tales, se encuentran obligadas a prestar en forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a dicha calidad. Por lo tanto, serán responsables de los perjuicios que por su culpa leve se puedan ocasionar a los afiliados.”*

De la misma manera, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 previó que *“los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.”*

La Sala de Casación Laboral, en proveído CSJ SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia CSJ SL 1688-2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde aquella institución. De otra parte, en las decisiones CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL19447-2017 y CSJ SL1421-2019, la misma Corporación indicó que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringe *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* la que no se configura con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues se requiere contar con elementos de juicio suficientes para entender las consecuencias de la decisión. Además, que la firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios,

pero no informado (STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020, STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021; CSJ SL 150-2022).

Ese deber de información, según las reglas jurisprudenciales descritas, de acuerdo con la época en que se efectúa el traslado, incluye la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que conlleva dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales. Además, el análisis calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo. Incluso, a partir de Ley 1748 de 2014 y del Decreto 2071 de 2015, el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Igualmente, señaló el máximo Órgano de cierre de esta jurisdicción que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición, o si tiene o no una expectativa legítima, dado que en todos los casos debe cumplirse con el deber de orientación como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ STL3202-2020, CSJ STL3201-2020, CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021. Útil es recordar que en sentencia CSJ SL 689-2019, se indicó que tratándose de asuntos como el que ocupa la atención de la Sala, se invierte la carga de la prueba, y debe entonces la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional.

V. CASO CONCRETO

Según el reporte de semanas cotizadas de folios 151, el actor se afilió al ISS el 31 de agosto de 1981, migró al RAIS, administradora Porvenir

S.A. el 6 de mayo de 1997, con la suscripción de formulario de afiliación visible a folio 158, en el que se puede leer:

HAGO CONSTAR QUE REALIZO DE FORMA LIBRE ESPONTÁNEA Y SIN PRESIONES LA ESCOGENCIA AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL ASÍ COMO LA SELECCIÓN DE LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR PARA QUE SEA LA ÚNICA QUE ADMINISTRE MIS APORTES PENSIONALES, TAMBIÉN DECLARO QUE LOS DATOS PROPORCIONADOS EN ESTA SOLICITUD SON VERDADEROS.

Posteriormente cambió horizontalmente a la AFP ING el 1 de noviembre de 2000, a Porvenir S.A. el 1 de junio de 2001, a Old Mutual, hoy Skandia S.A. el 1 de enero de 2004, a ING el 1 de agosto de 2007 y a partir del 1 de noviembre de 2011 a la AFP Protección S.A. (fl. 252).

Al absolver interrogatorio de parte, el demandante manifestó que en el año 1997, prestaba servicios a «*Productos Químicos Panamericanos*», allí se presentaron asesores del fondo privado quienes dijeron que el Instituto de Seguros Sociales desaparecería y que era conveniente trasladarse, ya que obtendría mejores rendimientos lo que le permitiría pensionarse con un monto superior. Expuso que formuló preguntas y suministró los datos con los que el representante diligenció el formulario, que posteriormente suscribió voluntariamente. Admitió que cada vez que se trasladó entre fondos la asesoría se centró en ofrecerle altos rendimientos y fue un promotor de Protección quien se acercó a su casa y le informó que la mesada pensional que obtendría sería de un salario mínimo y que para incrementarla debía realizar aportes voluntarios. Confesó que posteriormente una asesora lo llamó y le informó que estaba en el límite para retornar al RPM, pero que le convenía mantenerse afiliado al fondo privado.

De cara a los medios de prueba mencionados, para esta Sala la AFP Porvenir S.A, incumplió el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, (aplicable en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues no demostró en los términos señalados por la Sala de Casación Laboral, haber brindado al

demandante, al momento de la afiliación, una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiera al afiliado conocer los efectos del traslado, acorde a su situación personal.

Importa señalar que la suscripción del formulario de afiliación no es suficiente para acreditar el deber de información que le asiste al fondo privado, dado que este, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (CSJ STL3202-2020; CSJ STL3201-2020; CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021).

En consecuencia, resulta evidente que Porvenir faltó a su deber de información, en las condiciones fijadas por la jurisprudencia, lo que conlleva la ineficacia del acto jurídico de traslado, el que tampoco puede entenderse validado por el traslado entre administradoras, como reiteradamente lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia (CSJ SL 4360-2019).

De otra parte, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha adoctrinado que en tratándose de afiliados, los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos debieron ingresar a RPM. Criterio que igualmente, es aplicable frente al porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.

Por tanto, Protección S.A. administradora a la cual se encuentra actualmente afiliado el demandante, deberá devolver a Colpensiones el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos, bonos pensionales y porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, a que haya lugar, los valores

utilizados en seguros previsionales, con cargo a sus propias utilidades (CSJ SJ SL2209-2021, CSJ SL2207-2021 y CSJ SL5686-2021), así como los gastos de administración y las comisiones (CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020, CSJ SL373-2021, CSJ SL5686-2021). Por tanto, la sentencia se confirmará en esta parte. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL2877-2020). Por tanto la sentencia se adicionará en esta parte.

Cumple agregar que no es posible eximir de responsabilidad a las AFP Porvenir S.A. y Skandia S.A., de trasladar a Colpensiones las sumas de dinero descontadas por concepto de gastos y cuotas de administración, porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales mientras el demandante estuvo vinculado a este fondo, dado que la declaración de ineficacia impone la devolución de dichos rubros 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 5205-2020 CSJ SL 5680-2021). En consecuencia, la sentencia será modificada también en este aspecto. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL2877-2020).

Importa señalar que las sumas descontadas por concepto de gastos de administración, deben ser trasladadas debidamente indexadas, como quiera que estos dineros no entraron a la cuenta individual y por tanto respecto de ellos no se generaron rendimientos y el demandante no está llamado a sufrir las consecuencias de la pérdida del valor adquisitivo por el paso del tiempo.

Impone señalar que la acción de ineficacia es imprescriptible, en tanto, los hechos o estados jurídicos no están sujetos a dicha figura, por

tanto, puede solicitarse en cualquier tiempo, en la medida en que esta declaración tiene como objetivo comprobar o constatar un estado de cosas, la carencia de efectos jurídicos del acto desde su nacimiento, surgido con anterioridad al inicio del proceso, como lo ha puntualizado el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en las sentencias CSJ SL 1421-2019 y CSJ SL373-2021, entre otras.

No se causan costas en este grado jurisdiccional, ni en la instancia ante su no causación.

VI.DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el numeral segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 19 de julio de 2021, en el sentido de indicar que al momento de cumplir la esta orden, la AFP Protección deberá discriminar los conceptos con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral tercero de la decisión de primera instancia en el sentido de condenar a las AFP Porvenir S.A. y Skandia S.A. a trasladar a Colpensiones con cargo a sus propios recursos y debidamente actualizadas todas las sumas descontadas al demandante por gastos y cuotas de administración, sumas adicionales de la aseguradora, porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales mientras la demandante estuvo vinculado a este fondo. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus

respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

TERCERO: CONFIRMAR en los demás la sentencia del *a quo*.

Sin COSTAS en la consulta ni en la apelación ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO

Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada

Aclarar voto



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

LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 29 2018 00243 01.
DEMANDANTE: NICANOR GONZÁLEZ CEPEDA, EDGAR MORENO BERMUDEZ, MANUEL VICENTE PARRAGA GARZÓN Y MAXIMINO RODRÍGUEZ SUSATAMA.
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES.

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

Conforme al memorial de folio 188, se tiene como apoderada judicial de Colpensiones a la doctora Alida del Pilar Mateus Cifuentes identificada con Cedula de ciudadanía n.º. 37.627.008 y T.P. n.º. 221.228 del C.S. de la J., según sustitución efectuada por la doctora María Camila Bedoya García identificada con cédula de ciudadanía n.º 1.037.639.320 y T.P. n.º. 288.820 del C.S. de la J., quien funge como apoderada general de la demandada, según Escritura Pública No. 0120 de 1º de febrero de 2021 (fls. 189 a 201).

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por los demandantes contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 28 de febrero de 2020.

I. ANTECEDENTES

Los accionantes pretenden que se declare que son beneficiarios del artículo 21 el Acuerdo 049 de 1990. En consecuencia, se condene a Colpensiones a reconocerles y pagarles, debidamente indexado, el incremento del 14% por persona a cargo, junto con los intereses moratorios, y las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narraron que son beneficiarios del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993; que Colpensiones les reconoció pensión y sus esposas o compañeras dependen económicamente de ellos así:

| Demandante | Resolución | Cónyuge o compañera |
|-------------------------------|-----------------------------------|---------------------------|
| Nicanor González Cepeda | n.º 116026 de 2011 | Blanca Nair Salguero |
| Edgar Moreno Bermúdez | GNR 146806 del 19 de mayo de 2015 | Margen María Silva Garzón |
| Manuel Vicente Parraga Garzón | n.º 005756 de 2005 | Sonia Meneses Quineme |
| Maximino Rodríguez Susatama | n.º 007179 de 2004 | Hilda María Cuellar |

Finalmente, señalaron que reclamaron administrativamente los incrementos, los que fueron negados por la entidad (fl.81 a 91).

Colpensiones se opuso a las pretensiones. Admitió que los accionantes son beneficiarios del régimen de transición. Manifestó que no le constan los restantes hechos. En su defensa, propuso las excepciones de prescripción y caducidad, falta de jurisdicción y competencia, cobro de lo no debido, no configuración del derecho al pago de indexación, pago, buena fe, y las demás declarables oficiosamente (fl. 96 a 101).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 28 de febrero de 2020, absolvió a la demandada de las pretensiones de la demanda (fl. 162 a 164).

En lo fundamental, señaló que los incrementos deprecados desaparecieron del ordenamiento jurídico con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, tal como se adocrinó en la sentencia CC SU140-2019.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Los demandantes apelaron lo resuelto bajo el argumento de que acreditan los requisitos previstos en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, para acceder a los incrementos por personas a cargo. Expusieron que no es justo ni equitativo aplicar retroactivamente la jurisprudencia, pues la reclamación administrativa se agotó en mayo de 2018 y la sentencia de unificación fue emitida en marzo de 2019.

IV. CONSIDERACIONES

Se encuentra demostrado que Colpensiones reconoció a los demandantes pensión de vejez así:

| Demandante | Resolución | Norma | Fecha causación | Fecha reclamación |
|-------------------------------|---|---------------------|-----------------|--------------------------|
| Nicanor González Cepeda | n.º 116026 de 2011 (fl. 12 a 14) | Acuerdo 049 de 1990 | 14/05/2014 | 19/04/2018 (fl. 55 a 57) |
| Edgar Moreno Bermúdez | GNR 146806 del 19 de mayo de 2015 (fl. 22 a 24) | Acuerdo 049 de 1990 | 01/06/2015 | 04/04/2018 (fl. 58 a 60) |
| Manuel Vicente Parraga Garzón | n.º 005756 de 2005 (fl. 41) | Acuerdo 049 de 1990 | 01/03/2005 | 23/03/2018 (fl.61 a 63) |
| Maximino Rodríguez Susatama | n.º 007179 de 2004 (fl. 43) | Acuerdo 049 de 1990 | 03/02/2002 | 19/04/2018 (fl. 55 a 57) |

Sobre la vigencia de los incrementos, conviene precisar que el criterio jurisprudencial que acogía la Sala de Casación Laboral consistía en que los incrementos del 14 y 7% previstos en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, se encontraban vigentes (sentencias CSJ SL, 27 jul. 2005 rad. 21517; CSJ SL, 5 dic.2007 rad. 29751; CSJ SL5147-2018; CSJ SL1825-2019 y CSJ SL2955-2019). Empero, ante un nuevo estudio el máximo Órgano de cierre de esta jurisdicción recogió su postura a partir

de la sentencia CSJ SL 2061-2021 tras señalar que la norma que contempla los referidos incrementos fue objeto de derogación orgánica, en virtud de la expedición de la Ley 100 de 1993, y resulta incompatible con el artículo 48 de la Constitución Política, modificado por el Acto Legislativo 01 de 2005. En ese propósito trajo a colación lo discurrido en fallo CC SU 140-2019, que en lo pertinente, indicó:

En efecto, como se ha explicado a lo largo de esta providencia, el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado mediante el Decreto 758 de ese mismo año, dejó de existir con ocasión de la derogatoria tácita que sobre este implicó la expedición de la Ley 100 de 1993. Como se señaló bajo el numeral 3 supra, con dicha Ley 100 el Legislador previó una nueva regulación integral de la generalidad del sistema de seguridad social, incluyendo para el caso que ahora ocupa a la Corte, dicho sistema en su dimensión pensional. Tal derogatoria, además de estar respaldada por la doctrina especializada (ver supra 3.2.2.), ha sido respaldada por la propia Corte a través de la línea jurisprudencial que se esbozó bajo el numeral 3.2.3 supra y suficientemente explicada a la luz del particular objeto del régimen de transición que previó el artículo 36 de la mentada Ley 100 (ver supra 3.2.8-3.2.11).

[...]

7. Conclusiones

De lo expuesto en esta providencia se concluye que, salvo que se trate de derechos adquiridos antes de la expedición de la Ley 100 de 1993, el derecho a los incrementos pensionales que previó el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 desapareció del ordenamiento jurídico por virtud de su derogatoria orgánica; todo ello, sin perjuicio de que de todos modos tales incrementos resultarían incompatibles con el artículo 48 de la Carta Política luego de que éste fuera reformado por el Acto legislativo 01 de 2015.

Al amparo de lo expuesto, el derecho reclamado no se causó por falta de fundamento normativo, pues si bien, a los promotores del juicio les fue reconocida pensión de vejez en aplicación del Acuerdo 049 de 1990, ello fue por virtud del régimen de transición, y no porque el derecho se hubiere causado directamente con base en la norma precitada que fue derogada tácitamente por la Ley 100 de 1993, razón suficiente para confirmar la decisión de primera instancia.

Sin costas en la apelación.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 28 de febrero de 2020.

No se causan costas en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO

Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada



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

LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 029 2020 00192 01.
DEMANDANTE: MARÍA VICTORIA BUENAVENTURA FERÁNDEZ
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A Y SOCIEDAD ADMINSTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

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

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la demandada Colfondos S.A. contra la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá, D.C., el 25 de junio de 2021. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

Este proceso ha pasado a la suscrita Magistrada por ponencia no aceptada por la mayoría, en consideración a que el proyecto inicial carecía de armonía y concordancia entre las valoraciones probatorias y las disertaciones jurídicas de la parte considerativa, y la decisión plasmada en la parte resolutive. Ello, como quiera que si bien, se confirmaba la sentencia de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado, la única motivación del proveído era que la Sala de Casación Laboral y Penal por vía de tutela ha dejado sin efectos algunas decisiones proferidas por este Tribunal que se apartaban del precedente sentado sobre la materia. Empero la argumentación legal y el análisis probatorio estaba dirigido a sustentar los motivos por los cuales se consideraba que no debía declararse ineficaz el acto jurídico del traslado (art. 280 del CGP).

En consecuencia, se consideró que una decisión en ese sentido podría quebrantamiento de las garantías fundamentales al debido proceso, a la defensa y al acceso a la administración de justicia (art. 29 y 228 y 229 Constitución Política), por carecer de “*congruencia interna*” que, según la Sala de Casación Laboral “(...) *exige armonía y concordancia entre las conclusiones judiciales derivadas de las valoraciones fácticas, probatorias y jurídicas implícitas en la parte considerativa, con la decisión plasmada en la parte resolutive. Por tanto, el fallo conforma un todo inescindible, un acto complejo, una unidad temática, entre la parte motiva y la resolutive*” (CSJ SL 2808-2018, reiterada en SL 440-2021).

Según la Corte Constitucional, la obligación de motivar las decisiones judiciales exige un esfuerzo argumentativo con “*miras a justificar su decisión y, por lo tanto, a convencer a las partes, a los demás jueces y al público en general, de que su resolución es la correcta*”. (CC-145-1998). Así mismo, el deber de motivación, además de ser una fuente de legitimación de la actividad judicial en un estado democrático, constituye un mecanismo que le permite al ciudadano conocer las razones de una decisión, para poder controvertirla y ejercer su derecho de defensa.

La misma Corporación ha puntualizado que:

Desde el punto de vista del operador judicial, la motivación consiste en un ejercicio argumentativo por medio del cual el juez establece la interpretación de las disposiciones normativas, de una parte, y determina cómo, a partir de los elementos de convicción aportados al proceso y la hipótesis de hecho que se construye con base en esos elementos, es posible subsumir el caso concreto en el supuesto de hecho de una regla jurídica aplicable al caso. En el estado constitucional de derecho, la motivación adquiere mayor importancia. (CC T-214- 2012).

I. ANTECEDENTES

La accionante pretendió que se declare la «*la nulidad de la afiliación y/o la ineficacia*» del traslado del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS), a través de la AFP Colpatria hoy Porvenir S.A. y del cambio a Colfondos S.A.

En consecuencia, se ordene a la AFP Colfondos S.A. a retornar a Colpensiones la totalidad de valores recibidos en la cuenta individual, incluidos bonos y/o títulos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con frutos e intereses. A la última a activar la afiliación y recibir la totalidad de los aportes. Así mismo, se disponga a las demandadas a reconocer los derechos a que haya lugar en virtud de las facultades ultra y extra *petita* más las costas del proceso.

En respaldo de sus peticiones, narró que el 2 de julio de 1987, se afilió al Instituto de Seguros Sociales, donde cotizó 210,14 semanas. Se trasladó al régimen de ahorro individual administrado por la AFP Colpatria S.A. en octubre de 1994. Adujo que el asesor del fondo privado le aseguró que el Instituto de Seguros Sociales se liquidaría, que al trasladarse recibiría mayores rendimientos y por tanto, pensionarse en cualquier tiempo, pero no le ilustró sobre el derecho de retracto. Colfondos realizó simulación pensional según la cual allí obtendrá una mesada de \$1.161.948, entre tanto, en Colpensiones ascendería a \$2.368.714. Finalmente que solicitó a las accionadas el traslado a RPM (expediente digital fls. 66 a 84, documento 001).

Colpensiones rechazó las pretensiones. Admitió, la vinculación al RPM, las semanas cotizadas y la reclamación administrativa. Manifestó no constarle los demás fundamentos fácticos. Formuló las excepciones de prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe y las demás declarables oficiosamente. En su defensa argumento que en el acto de traslado no se configuró ningún vicio del consentimiento, puesto que fue adelantado por una persona capaz, en ejercicio de la autonomía de la voluntad. Expuso que la actora no es beneficiaria del régimen de transición y por tanto no puede retornar en cualquier tiempo a RPM (expediente digital fls. 2 a 11, documento 005).

La AFP Colfondos S.A. se opuso a las pretensiones relacionadas con las condenas ultra y extra *petita*, y la imposición de costas. Aceptó la petición de traslado y su respuesta. Manifestó que no le constaban los restantes hechos. Se abstuvo de formular excepciones. Indicó que la demandante suscribió el formulario de afiliación de manera libre,

voluntaria e informada, bajo los lineamientos normativos vigentes para la época y la asesoría se efectuó de forma verbal, por lo que está exenta de vicios del consentimiento. Resaltó que no intervino en el acto de traslado de régimen pensional (expediente digital fls. 4 a 9, documento 009).

La AFP Porvenir S.A. se opuso a la prosperidad de las peticiones. Manifestó que los hechos no son ciertos o no le constan. Propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y las demás declarables oficiosamente. En defensa de sus intereses, que no procede la nulidad alegada porque el traslado fue producto de una decisión libre e informada, que fue ratificada con la permanencia en el RAIS durante 26 años sin expresar inconformidad alguna (expediente digital fls. 2 a 31, documento 011).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Segundo Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 25 de junio de 2021 (documento 026 expediente digital), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA del acto de traslado de la señora María Victoria Buenaventura Fernández, del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, realizado a través de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Colpatria hoy Porvenir S.A., el día 1° de octubre de 1994, con fecha de efectividad del 1 de noviembre del mismo año y, consecuentemente, que las cosas se deben retrotraer al estado del acto declarado ineficaz con los efectos jurídicos y económicos que comporten.

SEGUNDO: CONDENAR a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Colfondos S.A., devolver la totalidad de los valores recibidos de los empleadores de la señora María Victoria Buenaventura Fernández, por concepto de aportes, frutos, rendimientos financieros, bonos pensionales que se encuentren o no en la cuenta de ahorro individual, que llegaron a ese fondos en los períodos en que estuvo afiliada, sin descontar valor alguno por cuotas de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión mínima.

TERCERO: ORDENAR a la Administradora de Fondos de Pensiones del régimen de ahorro individual Colfondos S.A. se proceda a trasladar a Colpensiones de manera inmediata, la totalidad de los dineros que a título de aportes fueron pagados por María Victoria Buenaventura Fernández y sus empleadores, junto con los rendimientos financieros que hubiere producido, el bono pensional y demás integrantes de su cuenta de ahorro

individual, sin descontar suma alguna por concepto de cuotas de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de pensión mínima, o cualquier otra causa, durante todo el tiempo que la accionante permaneció en el al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: ORDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones que proceda a reactivar de manera inmediata la afiliación de María Victoria Buenaventura Fernández al régimen de prima media con prestación definida por ella administrado, sin solución de continuidad y a reconstruir su historia laboral, con la totalidad de las semanas de cotización acreditadas desde la fecha de afiliación inicial.

QUINTO: ABSOLVER en lo demás.

SEXTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de prescripción, así como las demás propuestas por las demandadas de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa.

SÉPTIMO: CONCEDER el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, de conformidad con lo señalado en el inciso tercero del artículo 69 del C.P.L. de no ser apelada

OCTAVO: Costas de la instancia como se dijo en la parte motiva de esta decisión.

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP no demostró que suministró información alguna a la demandante que permita convalidar que cumplió con el deber de información a su cargo.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la Colfondos aspira se revoque la sentencia en cuanto le ordenó devolver gastos y cuotas de administración, seguros provisionales y aportes destinados a cubrir el fondo de garantía mínima. Sostuvo que estas deducciones operaron por mandato legal, retribuyeron la gestión de la AFP que generó rendimientos a la cuenta individual, los cuales también se ha ordenado trasladar y en tal evento no se cumple con la figura de restituciones mutuas y se genera un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones y la demandante.

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

De conformidad con el artículo 69 del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social, al ser la sentencia de primera instancia adversa a Colpensiones entidad de la cual es garante la Nación, también es procedente abordar su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

V. CONSIDERACIONES

Corresponde en esta Sala definir si es procedente declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual efectuado por la actora.

Para resolver, es menester recordar que el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 114 *ibidem* permite al afiliado la selección libre y voluntaria del régimen pensional. Por su parte, el artículo 271 del mismo estatuto, señala las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, y ordena dejar sin efecto dicho acto, y realizar uno nuevo sin presiones.

El Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen del demandante, previó en el numeral 1 del artículo 97, la obligación de las entidades de seguridad social de suministrar a los usuarios la información necesaria, clara, veraz y objetiva para que opten por las mejores opciones del mercado. Así lo aleccionó la Sala de Casación Laboral en la sentencia, CSJ SL1688 de 2019, por citar un ejemplo.

Por su parte, el artículo 4 Decreto 656 de 1994, estipula que *“En su calidad de administradoras del régimen de ahorro individual con Solidaridad, las administradoras son instituciones de carácter provisional y, como tales, se encuentran obligadas a prestar en forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a dicha calidad. Por lo tanto, serán responsables de los perjuicios que por su culpa leve se puedan ocasionar a los afiliados.”*

De la misma manera, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 previó que *“los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.”*

La Sala de Casación Laboral, en proveído CSJ SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia CSJ SL 1688-2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde aquella institución. De otra parte, en las decisiones CSJ SL, 9 sep. 2008, radicado 31.989 de 2008, CSJ SL 19.447 de 2017 y CSJ L 1421 de 2019, la misma Corporación indicó que el libre albedrio exigido por el sistema de seguridad social, no se restringe *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* la que no se configura con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues se requiere contar con elementos de juicio suficientes para entender las consecuencias de la decisión. Además, que la firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020, STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021; CSJ SL 150-2022).

Ese deber de información, según las reglas jurisprudenciales descritas, de acuerdo con la época en que se efectúa el traslado, incluye la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que conlleva dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales. Además, el análisis calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle. Incluso, a partir de Ley 1748 de 2014 y del Decreto 2071 de

2015, el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Igualmente, señaló el máximo Órgano de cierre de esta jurisdicción que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición, o si tiene o no una expectativa legítima, dado que en todos los casos debe cumplirse con el deber de orientación como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia CSJ SL1688 de 2019, CSJ STL3202-2020, CSJ STL3201-2020, CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021. También en sentencia SL 1689-2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil, se establece que tratándose de asuntos como el que ocupa la atención de la Sala, se invierte la carga de la prueba, y debe entonces la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional.

VI. CASO CONCRETO

La actora se afilió al Instituto de Seguros Sociales el 2 de julio de 1987 (expediente digita fl. 21, documento 001), migró al RAIS, administradora Colpatria S.A. hoy Porvenir S.A. el 1 de octubre de 1994, mediante la suscripción de formulario de afiliación (expediente digital fl. 57 documento 001) en el que se puede leer:

HAGO CONSTAR QUE LA SELECCIÓN DE RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD LA HE EFECTUADO EN FORMA LIBRE, ESPONTÁNEA Y SIN PRESIONES. MANIFIESTO QUE HE ELEGIDO A CESANTÍAS Y PENSIONES COLPATRIA PARA QUE ADMINISTRE MIS APORTES PENSIONALES Y A QUE LOS DATOS PROPORCIONADOS EN ESTA SOLICITUD SON VERDADEROS

Posteriormente, se afilió el 4 de octubre de 1995 a la AFP Horizonte (expediente digital fl. 58 documento 001), el 30 de abril de 1997 se trasladó a Colfondos (expediente digital fl. 59 documento 001)

Al absolver interrogatorio de parte la demandante manifestó que para la época del traslado prestaba servicios a *“Aníbal López Trujillo y*

Compañía S. en C.”, allí llegaron asesores comerciales de los fondos privados quienes realizaron varias reuniones en las que manifestaban que el Instituto de Seguro Social se acabaría, que tendrían problemas para pensionarse y su mejor alternativa era trasladarse, porque su dinero se invertiría y obtendría rendimientos que le permitirían contar con el ahorro suficiente, para pensionarse anticipadamente. Recuerda que le mencionaron que podía hacer aportes voluntarios. Relató que hace algunos años empezó a escuchar que *«los fondos no estaban generando rentabilidad, se estaban quedando sin plata y quebrando»* esto la motivo a acercarse a Colfondos donde le informaron que se pensionaría con un salario mínimo, por ello busca retornar a Colpensiones, para obtener una pensión que le permita vivir tranquilamente.

De cara a los medios de prueba mencionados para esta Sala la AFP Colpatria, hoy Porvenir S.A., incumplió el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, (aplicable en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues no demostró en los términos señalados por la Sala de Casación Laboral, haber brindado a la demandante al momento de la afiliación, una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiera conocer al afiliado los efectos del traslado, acorde a su situación personal.

Cumple reiterar que la suscripción del formulario de afiliación no es suficiente para acreditar el deber de información que le asiste al fondo privado, dado que este, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (CSJ STL3202-2020; CSJ STL3201-2020; CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021).

En consecuencia, resulta evidente que Colpatria faltó a su deber de información, en las condiciones fijadas por la jurisprudencia, lo que conlleva la ineficacia del acto jurídico de traslado, el que tampoco puede entenderse validado por el traslado entre administradoras, como

reiteradamente lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia (CSJ SL 4360-2019)

La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha adocinado que en tratándose de afiliados, los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos debieron ingresar a RPM, criterio que igualmente es aplicable frente al porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima (CSJ SL2209-2021).

Por tanto, la AFP Colfondos S.A. administradora en la cual se encuentra actualmente vinculada la afiliada, deberá entregar a Colpensiones el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos, bonos pensionales y porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, a que haya lugar, junto con los valores utilizados en seguros previsionales, con cargo a sus propias utilidades (CSJ SJ SL2209-2021, CSJ SL2207-2021 y CSJ SL5686-2021), así como los gastos de administración y las comisiones (CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020, CSJ SL373-2021, CSJ SL5686-2021). Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL2877-2020), razón por la cual la sentencia será adicionada en este punto.

Cumple agregar que no es posible eximir de responsabilidad a la AFP Colpatria, hoy Porvenir S.A. de devolver las sumas de dinero descontadas por concepto de gastos y cuotas de administración, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales mientras la demandante estuvo vinculada a este fondo, dado que la declaración de ineficacia la obliga a

devolver dichos rubros con cargo a sus propias utilidades. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL2877-2020). En consecuencia la sentencia será adicionada también en este punto.

De conformidad con las consideraciones expuestas, surtido el grado jurisdiccional de consulta, esta Colegiatura adicionará la decisión analizada.

Sin costas en el grado jurisdiccional de consulta.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá, D.C., el 25 de junio de 2021, que quedará del siguiente tenor: condenar a la AFP Colfondos S.A. a trasladar a Colpensiones debidamente actualizado el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con los rendimientos, los bonos pensionales así como los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima a que haya lugar; los gastos de administración, comisiones, y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia apelada en el sentido de condenar a la AFP Porvenir S.A. a trasladar también a Colpensiones las sumas de dinero descontadas por concepto de gastos y cuotas de administración, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales mientras la demandante estuvo vinculada a este fondo. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen

TERCERO: CONFIRMAR en los demás la sentencia del *a quo*.

Sin COSTAS en la consulta ni en la apelación ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO

Magistrado



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada
Aclaró voto



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

LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 029 2020 00362 01
DEMANDANTE: YOLANDA HERNÁNDEZ CARO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES Y COLFONDOS PENSIONES Y
CESANTÍAS S.A.

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

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la demandada Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 31 de agosto de 2021. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

Este proceso ha pasado a la suscrita Magistrada por ponencia no aceptada por la mayoría, en consideración a que el proyecto inicial carecía de armonía y concordancia entre las valoraciones probatorias y las disertaciones jurídicas de la parte considerativa, y la decisión plasmada en la parte resolutive. Ello, como quiera que si bien, se confirmaba la sentencia de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado, la única motivación del proveído era que la Sala de Casación Laboral y Penal por vía de tutela ha dejado sin efectos algunas decisiones proferidas por este Tribunal que se apartaban del precedente sentado sobre la materia. Empero la argumentación legal y el análisis probatorio estaba dirigido a sustentar los motivos por los cuales se consideraba que no debía declararse ineficaz el acto jurídico del traslado (art. 280 del CGP).

En consecuencia, se consideró que una decisión en ese sentido podría quebrantamiento de las garantías fundamentales al debido proceso, a la defensa y al acceso a la administración de justicia (art. 29 y 228 y 229 Constitución Política), por carecer de *“congruencia interna”* que, según la Sala de Casación Laboral *“(…) exige armonía y concordancia entre las conclusiones judiciales derivadas de las valoraciones fácticas, probatorias y jurídicas implícitas en la parte considerativa, con la decisión plasmada en la parte resolutive. Por tanto, el fallo conforma un todo inescindible, un acto complejo, una unidad temática, entre la parte motiva y la resolutive”* (CSJ SL 2808-2018, reiterada en SL 440-2021).

Según la Corte Constitucional, la obligación de motivar las decisiones judiciales exige un esfuerzo argumentativo con *“miras a justificar su decisión y, por lo tanto, a convencer a las partes, a los demás jueces y al público en general, de que su resolución es la correcta”*. (CC-145-1998). Así mismo, el deber de motivación, además de ser una fuente de legitimación de la actividad judicial en un estado democrático, constituye un mecanismo que le permite al ciudadano conocer las razones de una decisión, para poder controvertirla y ejercer su derecho de defensa.

La misma Corporación ha puntualizado que:

Desde el punto de vista del operador judicial, la motivación consiste en un ejercicio argumentativo por medio del cual el juez establece la interpretación de las disposiciones normativas, de una parte, y determina cómo, a partir de los elementos de convicción aportados al proceso y la hipótesis de hecho que se construye con base en esos elementos, es posible subsumir el caso concreto en el supuesto de hecho de una regla jurídica aplicable al caso. En el estado constitucional de derecho, la motivación adquiere mayor importancia. (CC T-214- 2012).

I. ANTECEDENTES

La accionante pretendió que se declare la *«ineficacia de la afiliación»* a la AFP Colfondos S.A. En consecuencia, se ordene al fondo privado a trasladarla junto con los valores que hubiera recibido por concepto de

cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, frutos, rendimientos e intereses. A la última a recibirla como afiliada sin solución de continuidad. A las demandadas a reconocer los derechos a que haya lugar en virtud de las facultades ultra y extra *petita*, y las costas del proceso.

En respaldo de sus aspiraciones, narró que nació el 3 de junio de 1959 y se afilió al Instituto de Seguros Sociales el 11 de noviembre de 1988. Migró al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) a través de la AFP Colfondos S.A. Refirió que el asesor del fondo no le proporcionó de manera oportuna asesoría completa, clara y suficiente que le permitiera conocer las características, condiciones y riesgos de cada régimen y sus diferencias. Refirió que en el RAIS de acuerdo al capital acumulado no le podrá ser reconocida pensión, entre tanto, en Colpensiones la mesada ascendería a \$1'345.368. Finalmente, que las demandadas negaron la petición de traslado (expediente digital, archivo 01 fls. 2 a 16).

La AFP Colfondos S.A. se opuso a las súplicas. Admitió la solicitud de traslado y su respuesta. Manifestó que no son ciertos o no le constan los restantes hechos. Se abstuvo de proponer excepciones. Expuso que brindó asesoría de manera presencial y verbal y la actora suscribió el formulario de afiliación de manera libre, voluntaria e informada, por lo tanto, no existió vicio del consentimiento, ni hay razón para declarar la ineficacia deprecada (expediente digital, archivo 04 fls. 4 a 8).

Colpensiones rechazó las pretensiones. Aceptó la fecha de natalicio de la actora, la afiliación al Instituto de Seguros Sociales, la reclamación administrativa con su respuesta. Manifestó que no le constan los restantes hechos. Propuso las excepciones de prescripción, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, inexistencia del derecho y de la obligación, falta de causa para pedir, buena fe y las demás declarables de oficio. En su defensa, argumentó que la demandante al trasladarse ejerció el derecho de libre escogencia de régimen pensional, por tanto debe demostrar la configuración de algún vicio del consentimiento o la falta al

deber de información, para retornar a prima media, porque está incurso en una prohibición legal para hacerlo en razón de la edad (expediente digital, archivo 05 fls. 2 a 11).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 31 de agosto de 2021 (expediente digital, archivo 13), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación de la señora Yolanda Hernández Caro identificada con C.C. N. 51.598.593, realizada ante Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, el 26 de septiembre de 2002, por los motivos expuestos. En consecuencia DECLARAR que para todos los efectos legales la afiliada nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y por lo mismo siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.

SEGUNDO: ORDENAR a la demandada Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías a devolver a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante Yolanda Hernández Caro, como cotizaciones y rendimientos, para lo cual se le concede el término de 30 días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta providencia.

TERCERO: ORDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones a recibir de Colfondos Pensiones y Cesantías todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones y rendimientos que se hubieren causado y actualizar la historia laboral.

CUARTO: sin condena en costas

QUINTO: De no ser apelada la presente sentencia consúltese con el Honorable Tribunal Superior de Bogotá, esto es, de conformidad con lo expuesto en el artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP Colfondos S.A., tenía la obligación de darle a su posible afiliada la información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias y consecuencias del traslado de régimen, situación que no fue acreditada en el plenario.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme, Colpensiones apeló para que la sentencia sea adicionada en el sentido de ordenar a la AFP reintegrar los gastos de administración, de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Suprema y así poder actualizar la historia laboral de la demandante.

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

De conformidad con el artículo 69 del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social, al ser la sentencia de primera instancia adversa a Colpensiones entidad de la cual es garante la Nación, también es procedente abordar su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

V. CONSIDERACIONES

Corresponde a esta Sala definir si es procedente declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual efectuado por la actora.

Para resolver, es menester recordar que el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 114 *ibidem* permite al afiliado la selección libre y voluntaria del régimen pensional; por su parte, el artículo 271 del mismo estatuto, señala las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, y ordena dejar sin efecto dicho acto, y realizar uno nuevo sin presiones.

El Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen del demandante, previó en el numeral 1 del artículo 97, la obligación de las entidades de seguridad social de suministrar a los usuarios la información necesaria, clara, veraz y objetiva para que se elijan las mejores opciones del mercado. Así lo aleccionó la Sala de Casación Laboral en la sentencia, CSJ SL1688 de 2019, por citar solo un ejemplo.

Por su parte, el artículo 4 del Decreto 656 de 1994, estipula que *“las administradoras son instituciones de carácter provisional y, como tales, se*

encuentran obligadas a prestar en forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a dicha calidad. Por lo tanto, serán responsables de los perjuicios que por su culpa leve se puedan ocasionar a los afiliados.”

De la misma manera, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 previó que *“los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.”*

La Sala de Casación Laboral, en proveído CSJ SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia CSJ SL 1688-2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde aquella institución. De otra parte, en las decisiones CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL19447-2017 y CSJ SL1421-2019, la misma Corporación indicó que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringe *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* la que no se configura con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues se requiere contar con elementos de juicio suficientes para entender las consecuencias de la decisión. Además, que la firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020, STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021; CSJ SL 150-2022).

Ese deber de información, según las reglas jurisprudenciales descritas, de acuerdo con la época en que se efectúa el traslado, incluye la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que conlleva dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales. Además, el análisis calificado y global de los antecedentes del

afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo. Incluso, a partir de Ley 1748 de 2014 y del Decreto 2071 de 2015, el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Igualmente, señaló el máximo Órgano de cierre de esta jurisdicción que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición, o si tiene o no una expectativa legítima, dado que en todos los casos debe cumplirse con el deber de orientación como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ STL3202-2020, CSJ STL3201-2020, CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021. Útil es recordar que en sentencia CSJ SL 689-2019, se indicó que tratándose de asuntos como el que ocupa la atención de la Sala, se invierte la carga de la prueba, y debe entonces la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional.

VI. CASO CONCRETO

Según el reporte de semanas cotizadas la demandante se afilió al Instituto de Seguros Sociales el 11 de noviembre de 1988 (expediente digital, archivo 01 fl. 86), migró al régimen de ahorro individual con solidaridad RAIS), administradora Colfondos S.A el 26 de septiembre de 2002 con la suscripción del formulario de afiliación (expediente digital, archivo 04 fl. 11), en el que se puede leer:

HAGO CONSTAR BAJO LA GRAVEDAD DE JURAMENTO QUE LA SELECCIÓN DEL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD LA HE EFECTUADO EN FORMA LIBRE, ESPONTÁNEA Y SIN PRESIONES. MANIFIESTO QUE HE ELEGIDO A LA COMPAÑÍA COLOMBIANA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. COLFONDOS PARA QUE ADMINISTRE MIS APORTES PENSIONALES Y QUE LOS DAROS AQUÍ REPORTADOS SON VERDADEROS, AUTORIZANDO LA VERIFICACIÓN DE LA INFORMACIÓN SUMINISTRADA.

De cara a los medios de prueba mencionados, para esta Sala la AFP Colfondos S.A, incumplió el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, (aplicable en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues no demostró en los términos señalados por la Sala de Casación Laboral, haber brindado a la demandante, al momento de la afiliación, una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiera al afiliado conocer los efectos del traslado, acorde a su situación personal.

Cumple reiterar que la suscripción del formulario de afiliación no es suficiente para acreditar el deber de información que le asiste al fondo privado, dado que este a lo sumo acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (CSJ STL3202-2020; CSJ STL3201-2020; CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021).

En consecuencia, resulta evidente que Colfondos faltó a su deber de información, en las condiciones fijadas por la jurisprudencia, lo que conlleva la ineficacia del acto jurídico de traslado, por ello la Sala modificará la decisión de primera instancia, en tanto declaró la ineficacia pero de la afiliación, porque este es el acto de vinculación inicial al sistema y las consecuencias jurídicas que se derivan del presente proceso, responden a la falta al deber de información al momento del traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad.

De otra parte, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha adoctrinado que en tratándose de afiliados, los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos debieron ingresar a RPM. Criterio que igualmente, es aplicable

frente al porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.

Por tanto, la susodicha AFP deberá devolver a Colpensiones el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con los rendimientos, bonos pensionales y porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, a que haya lugar, los valores utilizados en seguros previsionales, con cargo a sus propias utilidades (CSJ SJ SL2209-2021, CSJ SL2207-2021 y CSJ SL5686-2021), así como los gastos de administración y las comisiones (CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020, CSJ SL373-2021, CSJ SL5686-2021). Por tanto, la sentencia será modificada en esta parte. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL2877-2020).

Impone señalar que la acción de ineficacia es imprescriptible, en tanto, los hechos o estados jurídicos no están sujetos a dicha figura, por tanto, puede solicitarse en cualquier tiempo, en la medida en que esta declaración tiene como objetivo comprobar o constatar un estado de cosas, la carencia de efectos jurídicos del acto desde su nacimiento, surgido con anterioridad al inicio del proceso, como lo ha puntualizado el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en las sentencias CSJ SL 1421-2019 y CSJ SL373-2021, entre otras.

No se causan costas en este grado jurisdiccional, ni en la instancia ante su no causación.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral primero de la sentencia proferida por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 31 de agosto de 2021, para en su lugar, disponer la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la demandante, conforme quedó expresado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia analizada el que quedará del siguiente tenor: condenar a la AFP Colfondos S.A. a trasladar a Colpensiones debidamente actualizado el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con los rendimientos, los bonos pensionales, así como los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima a que haya lugar; los gastos de administración, comisiones, y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

TERCERO: CONFIRMAR en los demás la sentencia del *a quo*.

Sin COSTAS en la consulta ni en la apelación ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Intervinieron los Magistrados,


LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO

Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA/LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada
Aclaró voto



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

LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 030 2020 00193 01.
DEMANDANTE: CARLOS ENRIQUE LEE GÓMEZ
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE
PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A

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

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la demandada AFP Porvenir S.A. contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 9 de septiembre de 2021, y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

Este proceso ha pasado a la suscrita Magistrada por ponencia no aceptada por la mayoría, en consideración a que el proyecto inicial carecía de armonía y concordancia entre las valoraciones probatorias y las disertaciones jurídicas de la parte considerativa, y la decisión plasmada en la parte resolutive. Ello, como quiera que si bien, se confirmaba la sentencia de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado, la única motivación del proveído era que la Sala de Casación Laboral y Penal por vía de tutela ha dejado sin efectos algunas decisiones proferidas por este Tribunal que se apartaban del precedente sentado sobre la materia. Empero la argumentación legal y el análisis probatorio estaba dirigido a sustentar los motivos por los cuales se consideraba que no debía declararse ineficaz el acto jurídico del traslado (art. 280 del CGP).

En consecuencia, se consideró que una decisión en ese sentido podría quebrantamiento de las garantías fundamentales al debido proceso,

a la defensa y al acceso a la administración de justicia (art. 29 y 228 y 229 Constitución Política), por carecer de “*congruencia interna*” que, según la Sala de Casación Laboral “(...) *exige armonía y concordancia entre las conclusiones judiciales derivadas de las valoraciones fácticas, probatorias y jurídicas implícitas en la parte considerativa, con la decisión plasmada en la parte resolutive. Por tanto, el fallo conforma un todo inescindible, un acto complejo, una unidad temática, entre la parte motiva y la resolutive*” (CSJ SL 2808-2018, reiterada en SL 440-2021).

Según la Corte Constitucional, la obligación de motivar las decisiones judiciales exige un esfuerzo argumentativo con “*miras a justificar su decisión y, por lo tanto, a convencer a las partes, a los demás jueces y al público en general, de que su resolución es la correcta*”. (CC-145-1998). Así mismo, el deber de motivación, además de ser una fuente de legitimación de la actividad judicial en un estado democrático, constituye un mecanismo que le permite al ciudadano conocer las razones de una decisión, para poder controvertirla y ejercer su derecho de defensa.

La misma Corporación ha puntualizado que:

Desde el punto de vista del operador judicial, la motivación consiste en un ejercicio argumentativo por medio del cual el juez establece la interpretación de las disposiciones normativas, de una parte, y determina cómo, a partir de los elementos de convicción aportados al proceso y la hipótesis de hecho que se construye con base en esos elementos, es posible subsumir el caso concreto en el supuesto de hecho de una regla jurídica aplicable al caso. En el estado constitucional de derecho, la motivación adquiere mayor importancia. (CC T-214- 2012).

I. ANTECEDENTES

El accionante pretendió que se declare que el actor «*se afilió y cotizó*» al Instituto de Seguros Sociales el 28 de febrero de 1991. Se trasladó el 1 de junio de 1995 a la AFP Horizonte, hoy Porvenir S.A. En consecuencia, se condene a la AFP a trasladar a Colpensiones todos los aportes para pensión. A esta a activar la afiliación y recibir la totalidad de los aportes. Así mismo, se disponga a las demandadas reconocer los derechos a que

haya lugar en virtud de las facultades ultra y extra *petita* más las costas del proceso.

En respaldo de sus peticiones, narró que nació el 11 de noviembre de 1954. Se afilió al Instituto de Seguros Sociales a partir del 28 de febrero de 1991. Se trasladó al régimen de ahorro individual administrado por la AFP Porvenir S.A. el 25 de mayo de 1995. Adujo que fue abordado por promotores del fondo privado que lo convencieron de trasladarse. Manifestó que en varias oportunidades se acercó a la AFP a solicitar orientación sobre su futuro pensional donde le respondían siempre que lo más conveniente era seguir cotizando en el RAIS. Refirió que la AFP realizó proyección según la cual allí su mesada sería de \$737.717, entre tanto, en Colpensiones ascendería a \$1'812.529. Finalmente, expuso que la AFP Porvenir S.A. negó la petición de traslado (expediente digital, demanda).

Colpensiones se opuso a la prosperidad de las aspiraciones. Aceptó la fecha de natalicio del actor. Manifestó que no son ciertos o no le constan los hechos restantes. Propuso las excepciones de prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe y las demás declarables oficiosamente. En su defensa, argumentó que el demandante al trasladarse ejerció el derecho de libre escogencia de régimen pensional, por tanto debe demostrar la configuración de algún vicio del consentimiento o la falta al deber de información, pues su retorno no es posible como quiera que está incurso en una prohibición legal (expediente digital, archivo 10).

La AFP Porvenir S.A., se opuso al éxito de las peticiones. Admitió la solicitud de traslado y su respuesta. Manifestó que no son ciertos o no le constan los demás hechos. Propuso las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. Expuso que la afiliación a RAIS se adelantó libre de presiones o engaños y quedó consignada la voluntad del actor en el formulario de vinculación, la que ratificó con la permanencia en el régimen y la realización de cotizaciones (expediente digital, archivo 16).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 9 de septiembre de 2021 (expediente digital), resolvió:

PRIMERO: DECLÁRESE ineficaz el traslado de régimen pensional que hizo el demandante señor Carlos Enrique Lee Gómez, del Régimen De Prima Media con Prestación Definida administrado por la extinta Caja Nacional de Previsión Social CAJANAL al Régimen de Ahorro Individual Con Solidaridad administrado por Horizonte S.A. Pensiones y Cesantías, hoy sustituido por la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., mediante la suscripción del formulario No. 361891 que se hizo efectivo a partir del 1 de junio de 1995, conforme a lo expuesto.

SEGUNDO: DECLÁRESE válidamente vinculado al demandante señor Carlos Enrique Lee Gómez al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, conforme a lo expuesto.

TERCERO: CONDÉNESE a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. a devolver a Colpensiones todos los valores que reposan en la cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos y los costos cobrados por concepto de administración durante el tiempo que permaneció en este régimen, es decir, desde el 1 de junio de 1995 y hasta cuando se haga efectivo el traslado, estos últimos los que deben ser cubiertos con recursos de la administradora, pero además, deben ser debidamente indexados.

CUARTO: ORDÉNESE a la Administradora Colombiana De Pensiones - Colpensiones a que una vez ingresen los valores de la cuenta de ahorro individual del demandante, actualice la información en su historia laboral, para garantizar el derecho pensional bajo las normas que regulan el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

QUINTO: DECLÁRENSE no probadas las excepciones planteadas por las accionadas, conforme a lo expuesto.

SEXTO: CONDÉNESE en costas de esta instancia a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., por secretaría líquidense e inclúyanse como agencias en derecho la cantidad de tres millones cuatrocientos ochenta y ocho mil pesos (\$3.488.000) a favor del demandante.

SÉPTIMO: Sin costas ni a favor ni en contra de la Administradora Colombiana De Pensiones - Colpensiones.

OCTAVO: CONCÉDASE el grado Jurisdiccional de Consulta a favor de la Administradora Colombiana De Pensiones - Colpensiones.

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP Porvenir no demostró haber entregado información veraz, oportuna, clara, suficiente

sobre la real situación en que podía quedar en uno u otro régimen, por lo que en línea de la jurisprudencia sentada por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia declaró procedente la ineficacia de la afiliación.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme, la AFP Porvenir apeló lo resuelto al argumentar que el traslado del accionante es válido por que la AFP cumplió con los requisitos previstos en la norma para la época y no es dable exigir la acreditación de trámites incorporados en el ordenamiento jurídico con posterioridad. Solicitó que se respete la voluntad del afiliado y si se le de el valor probatorio al formulario de afiliación, mediante el cual se materializó el derecho de libre selección de régimen, que se ratificó con la permanencia en el RAIS por un largo periodo en el que efectuó aportes. Expuso que la inconformidad en el monto de mesada pensional no es argumento válido para retornar en cualquier tiempo al régimen de prima media, pues la forma de determinar la pensión es diferente. Sostuvo que no es procedente ordenar la devolución de los gastos de administración en virtud de las restituciones mutuas consecuencia lógica de la declaratoria de ineficacia, pes además se ordena enviar a RPM los rendimientos generaos por la correcta gestión de la AFP. Refirió que estos gastos además fueron descontados por mandato legal. Finalmente señaló que no intervino en el acto de traslado, pues aunque hoy esta fusionada con Colpatria y Horizonte, esta situación no se configuraba para el año 1995.

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

De conformidad con el artículo 69 del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social, al ser la sentencia de primera instancia adversa a Colpensiones entidad de la cual es garante la Nación, también es procedente abordar su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

V. CONSIDERACIONES

Corresponde en esta Sala definir si es procedente declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual efectuado por el actor.

Para resolver, es menester recordar que el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 114 *ibidem* permite al afiliado la selección libre y voluntaria del régimen pensional. Por su parte, el artículo 271 del mismo estatuto, señala las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, y ordena dejar sin efecto dicho acto, y realizar uno nuevo sin presiones.

El Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen del demandante, previó en el numeral 1 del artículo 97, la obligación de las entidades de seguridad social de suministrar a los usuarios la información necesaria, clara, veraz y objetiva para que opten por las mejores opciones del mercado. Así lo aleccionó la Sala de Casación Laboral en la sentencia, CSJ SL1688 de 2019, por citar un ejemplo.

Por su parte, el artículo 4 Decreto 656 de 1994, estipula que *“En su calidad de administradoras del régimen de ahorro individual con Solidaridad, las administradoras son instituciones de carácter provisional y, como tales, se encuentran obligadas a prestar en forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a dicha calidad. Por lo tanto, serán responsables de los perjuicios que por su culpa leve se puedan ocasionar a los afiliados.”*

De la misma manera, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 previó que *“los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.”*

La Sala de Casación Laboral, en proveído CSJ SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia CSJ SL 1688-2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde aquella institución. De otra parte, en las decisiones CSJ SL, 9 sep. 2008, radicado 31.989 de 2008, CSJ SL 19.447 de 2017 y CSJ L 1421 de 2019, la misma Corporación indicó que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringe *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* la que no se configura con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues se requiere contar con elementos de juicio suficientes para entender las consecuencias de la decisión. Además, que la firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020, STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021; CSJ SL 150-2022).

Ese deber de información, según las reglas jurisprudenciales descritas, de acuerdo con la época en que se efectúa el traslado, incluye la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que conlleva dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales. Además, el análisis calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo. Incluso, a partir de Ley 1748 de 2014 y del Decreto 2071 de 2015, el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Igualmente, señaló el máximo Órgano de cierre de esta jurisdicción que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición, o si tiene o no una expectativa legítima, dado que en todos los casos debe cumplirse con el deber de orientación como requisito

sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia CSJ SL1688 de 2019, CSJ STL3202-2020, CSJ STL3201-2020, CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021. También en sentencia SL 1689-2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil, se establece que tratándose de asuntos como el que ocupa la atención de la Sala, se invierte la carga de la prueba, y debe entonces la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional.

VI. CASO CONCRETO

Según certificación de información laboral, expedida por el Instituto Geográfico Agustín Codazzi en marzo de 2019, el actor se afilió a dicha entidad el 28 de febrero de 1991 (expediente digital, anexos fl. 13), migró al RAIS, administrado por Horizonte, hoy Porvenir S.A. el 25 de mayo de 1995 en adelante, con la suscripción de formulario de afiliación (expediente digital, anexos fl. 2 y contestación Porvenir S.A. fl. 36), en el que se puede leer:

HAGO CONSTAR QUE LA SELECCIÓN DEL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD LA HE EFECTUADO EN FORMA LIBRE, ESPONTÁNEA Y SIN PRESIONES. MANIFIESTO QUE HE ELEGIDO A LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS HORIZONTE S.A. PARA QUE ADMINISTRE MIS APORTES PENSIONALES Y QUE LOS DATOS PROPORCIONADOS EN ESTA SOLICITUD SON VERDADEROS.

Al absolver interrogatorio de parte el demandante manifestó que presta servicios al Instituto Agustín Codazzi desde 1991, inicialmente las cotizaciones fueron realizadas a Cajanal, luego se trasladó al RAIS a través de Horizonte convencido que la Caja Nacional desaparecería, que podía perder los recursos que esta entidad había recibido y mientras que en el nuevo régimen obtendría una mesada pensional más alta, que sus recursos podrían ser heredados por sus beneficiarios, pero no le explicaron cómo ello sucedería. Refirió que contrario a lo prometido, la AFP ahora le ofrece como pensión apenas un salario mínimo, mientras tanto en Colpensiones obtendría alrededor de \$4.000.000. Expuso que para el

momento en que sus compañeros empezaron a pensionarse de dio cuenta de la diferencia en la mesada pensional e intentó devolverse pero ya no pudo hacerlo porque estaba a menos de 10 años de cumplir la edad de pensión.

A solicitud de la parte demandante fueron decretados los testimonios de Olga García Londoño y Gloria Inés Correa. El primero no se practicó porque la deponente falleció y el segundo porque la testigo estuvo presente y escuchó la declaración de parte rendida por el promotor del juicio.

De cara a los medios de prueba mencionados para esta Sala la AFP Porvenir S.A, incumplió el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, (aplicable en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues no demostró en los términos señalados por la Sala de Casación Laboral, haber brindado al demandante al momento de la afiliación, una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiera conocer al afiliado los efectos del traslado, acorde a su situación personal.

Cumple reiterar que la suscripción del formulario de afiliación no es suficiente para acreditar el deber de información que le asiste al fondo privado, dado que este a lo sumo acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (CSJ STL3202-2020; CSJ STL3201-2020; CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021).

En consecuencia, resulta evidente que Porvenir faltó a su deber de información, en las condiciones fijadas por la jurisprudencia, lo que conlleva la ineficacia del acto jurídico de traslado, el que tampoco puede entenderse validado por el traslado entre administradoras, como reiteradamente lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia (CSJ SL 4360-2019).

La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha adoctrinado que en tratándose de afiliados, los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos debieron ingresar a RPM, criterio que igualmente es aplicable frente al porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima (CSJ SL2209-2021).

Por tanto, la AFP Porvenir S.A., administradora en la cual se encuentra actualmente afiliado el demandante, deberá entregar a Colpensiones el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con los rendimientos, bonos pensionales y porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, a que haya lugar, los valores utilizados en seguros previsionales, con cargo a sus propias utilidades (CSJ SJ SL2209-2021, CSJ SL2207-2021 y CSJ SL5686-2021), así como los gastos de administración y las comisiones (CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020, CSJ SL373-2021, CSJ SL5686-2021) conceptos descontados incluso cuando el demandante estuvo vinculado a las AFP Colpatria y Horizonte, porque estas fondos de pensiones se encuentran fusionados con Porvenir S.A.. Por tanto, la sentencia será modificada en esta parte. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL2877-2020).

Sobre la prescripción debe señalarse que la acción de ineficacia es imprescriptible, en tanto los hechos o estados jurídicos no están sujetos a dicha figura puede solicitarse en cualquier tiempo, en la medida en que esta declaración tiene como objetivo comprobar o constatar un estado de cosas, la carencia del acto desde su nacimiento, surgido con anterioridad al inicio del proceso, como lo ha puntualizado el órgano de cierre de la

jurisdicción ordinaria en las sentencias CSJ SL 1421-2019 CSJ SL373-2021 entre otras.

Importa señalar que la Ley 100 de 1993 en su artículo 52 asignó al Instituto de los Seguros Sociales, la competencia general para la administración del régimen de prima media con prestación definida (RPM) y prohibió la creación de nuevas cajas, fondos o entidades de previsión o de seguridad social nacionales y territoriales. Así mismo, autorizó a las cajas, fondos o entidades de seguridad social del sector público, para continuar administrando dicho régimen respecto de sus afiliados y mientras subsistieran sin perjuicio de que sus afiliados se acogieran a alguno de los regímenes regulados en la misma ley.

Por su parte, el Decreto 2196 del 12 de junio de 2009 ordenó la supresión y liquidación de la Caja Nacional de Previsión Social Cajanal EICE y el artículo 4 de esta preceptiva dispuso el traslado de sus afiliados al Instituto de Seguros Sociales ISS, dentro del mes siguiente a su vigencia. En tal virtud, aunque la demandante antes de cambiarse al régimen de ahorro individual no había realizado aportes al Instituto de Seguros Sociales, ello no impide que en aplicación de la ineficacia pueda ordenarse su retorno al régimen de prima media hoy administrado por Colpensiones, entidad que por virtud de la ley recibió los afiliados de la extinta Cajanal a la cual venía cotizando la accionante.

No se causan costas en este grado jurisdiccional, ni en la instancia ante su no causación

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral tercero de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 9 de septiembre de 2021, que quedará del siguiente tenor: condenar a la AFP Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones debidamente actualizado el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con los rendimientos, los bonos pensionales así como los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima a que haya lugar; los gastos de administración, comisiones, y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

SEGUNDO: CONFIRMAR en los demás la sentencia del *a quo*.

Sin COSTAS en la consulta ni en la apelación ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO
Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada
Aclaro voto



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

LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 032 2019 00494 01
DEMANDANTE: ALFONSO HERRERA CALDERÓN
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE FONDOS
DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

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

SENTENCIA

La Sala decide el recurso interpuesto por la demandada AFP Porvenir S.A. contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 13 de septiembre de 2021. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

Este proceso ha pasado a la suscrita Magistrada por ponencia no aceptada por la mayoría, en consideración a que el proyecto inicial carecía de armonía y concordancia entre la conclusión derivada de las valoraciones fácticas, probatorias y jurídicas implícitas en la parte considerativa, y la decisión plasmada en la parte resolutive. Ello, como quiera que si bien, se confirmaba la sentencia de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado, la única motivación del proveído era que la Sala de Casación Laboral y Penal por vía de tutela han dejado sin efectos algunas decisiones proferidas por este Tribunal que se apartaban del precedente sentado sobre la materia. Empero la argumentación legal y probatoria estaba dirigida a exponer motivos por los cuales se consideraba que no debía declararse ineficaz el acto jurídico del traslado (art. 280 del CGP).

En consecuencia, se consideró que una decisión en ese sentido podría conllevar al quebrantamiento de las garantías fundamentales al debido proceso, a la defensa y al acceso a la administración de justicia (art. 29 y 228 y 229 Constitución Política), por carecer de “*congruencia interna*” que, según la Sala Laboral “*(...) exige armonía y concordancia entre las conclusiones judiciales derivadas de las valoraciones fácticas, probatorias y jurídicas implícitas en la parte considerativa, con la decisión plasmada en la parte resolutive. Por tanto, el fallo conforma un todo inescindible, un acto complejo, una unidad temática, entre la parte motiva y la resolutive*” (CSJ SL 2808-2018, reiterada en SL 440-2021).

Según la Corte Constitucional, la obligación de motivar las decisiones judiciales exige un esfuerzo argumentativo con “*miras a justificar su decisión y, por lo tanto, a convencer a las partes, a los demás jueces y al público en general, de que su resolución es la correcta*”. (CC-145-1998). Asimismo, el deber de motivación, además de ser una fuente de legitimación de la actividad judicial en un estado democrático, constituye un mecanismo que le permite al ciudadano conocer las razones de una decisión, para poder controvertirla y ejercer su derecho de defensa.

La misma Corporación ha puntualizado que:

«Desde el punto de vista del operador judicial, la motivación consiste en un ejercicio argumentativo por medio del cual el juez establece la interpretación de las disposiciones normativas, de una parte, y determina cómo, a partir de los elementos de convicción aportados al proceso y la hipótesis de hecho que se construye con base en esos elementos, es posible subsumir el caso concreto en el supuesto de hecho de una regla jurídica aplicable al caso. En el estado constitucional de derecho, la motivación adquiere mayor importancia» (CC T-214- 2012).

I. ANTECEDENTES

El accionante pretendió que se declare la «nulidad de la afiliación» al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) a través de la AFP Porvenir S.A., para tenerse como válidamente afiliado a la administradora del régimen de prima media con prestación definida (RPM). En consecuencia, se ordene a Porvenir S.A. devolver a Colpensiones todos los aportes en pensión cotizados, los rendimientos financieros y los gastos de administración. A la última aceptarlo como afiliado cotizante. A las demandadas a reconocer los derechos a que haya lugar en virtud de las facultades ultra y extra *petita*, más las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 22 de enero de 1956, cotizó Instituto de Seguros Sociales desde el 04 de marzo de 1986. El 21 de abril de 1999, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la administradora Porvenir S.A. Adujo que las demandadas no le informaron de forma adecuada, completa las características de cada régimen pensional, sus ventajas y desventajas y las implicaciones que la decisión tendría en su futuro pensional. Finalmente, que reclamó el traslado de régimen, pero fue negado. (expediente digital, archivo 01 fls. 77 a 96 subsanación).

Colpensiones se opuso a la prosperidad de las peticiones. Aceptó la data de nacimiento, la afiliación al régimen de prima media con prestación definida (RPM), la reclamación administrativa y su respuesta. Manifestó que los demás hechos no le constan o no son ciertos. Propuso las excepciones inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada buena fe, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y las demás declarables oficiosamente. En su defensa, argumentó que el actor no es beneficiario del régimen de transición, por ello no se autorizó el traslado, pues contaba 60 años y estaba incurso en prohibición legal (expediente digital, archivo 01 fls. 105 a 123).

La AFP Porvenir S.A. se opuso al éxito de las pretensiones. Manifestó que los hechos no son ciertos o no le constan. Formuló las excepciones de

prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, y las demás declarables de oficio. Adujo que cualquier omisión en algún requisito o formalidad prescribe con ciertos actos, por lo que resulta forzoso que se acredite algún tipo de nulidad, o vicio del consentimiento, toda vez que este es susceptible de ratificación con el pago de los aportes mensuales efectuados en los 20 años de afiliación (expediente digital, archivo 01 fls. 171 a 200).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 13 de septiembre de 2021 (expediente digital, archivo 08 fls. 1 a 3), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR no probadas las excepciones formuladas por las demandas conforme a las consideraciones expuestas.

SEGUNDO: DECLARAR la ineficacia del traslado al régimen ahorro individual con solidaridad efectuado por el demandante Alfonso Herrera Calderón a través de la AFP Porvenir S.A. de fecha de 21 de abril de 1999 por tanto, que las cosas se deben retrotraer al estado anterior.

TERCERO: Como consecuencia de lo anterior ORDENAR a la demandada Porvenir S.A. trasladar con destino a Colpensiones la totalidad de los aportes que haya efectuado el demandante durante su afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad incluyendo los rendimientos financieros y lo descontado por conceptos de gastos de administración.

CUARTO: ORDENAR a la demandada Colpensiones recibir el demandante Alfonso Herrera Calderón como afiliado al régimen de prima media con prestación definida sin solución de continuidad y en las mismas condiciones en que se encontraba al momento del traslado de régimen que se declara ineficaz.

QUINTO: CONDENAR en costas a la demandada Porvenir S.A. y a favor del demandante, tásese por secretaria incluyéndose agencias en derecho una suma equivalente a 2 SMMLV, sin costas respecto de Colpensiones.

SEXTO: Remítase al superior la presente decisión en el grado jurisdiccional de consulta en favor de la demandada Colpensiones.

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP no logó acreditar que cumplió a cabalidad con el deber de información que le imponía la ley para el momento del traslado.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la demandada la AFP Porvenir S.A apelo lo resuelto, bajo el argumento de que cumplió con el deber de brindar información en la forma prevista en la ley para el momento del traslado. Además se el demandante diligenció el formulario de forma libre y voluntaria, por ende no se configuró ningún vicio del consentimiento. Expuso que el actor ratificó su voluntad de pertenecer al RAIS, con actos de relacionamiento, que le permitieron obtener información sobre las características del régimen y pese a ello decidió mantenerse vinculado y realizar cotizaciones de forma constante. De confirmarse la sentencia, solicita revocar la orden de devolver las cuotas de administración, pues dichas sumas fueron descontadas por mandato legal, retribuyeron la gestión de la administradora que permitió a la cuenta individual obtener rendimientos que también serán trasladados a Colpensiones, en consecuencia se extralimitarian los efectos de las restituciones mutuas en tratándose de la declaración de ineficacia.

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

De conformidad con el artículo 69 del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social, al ser la sentencia de primera instancia adversa a Colpensiones entidad de la cual es garante la Nación, también es procedente también procedente abordar su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

V. CONSIDERACIONES

Corresponde a esta Sala definir si es procedente declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual efectuado por el actor.

Para resolver, es menester recordar que el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 114 *ibidem* permite al afiliado la selección libre y voluntaria del régimen pensional; por su parte, el artículo 271 del mismo estatuto, señala las sanciones pecuniarias para

quienes coarten la libertad de afiliación o selección, y ordena dejar sin efecto dicho acto, y realizar uno nuevo sin presiones.

El Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen del demandante, previó en el numeral 1 del artículo 97, la obligación de las entidades de seguridad social de suministrar a los usuarios la información necesaria, clara, veraz y objetiva para que se elijan las mejores opciones del mercado. Así lo aleccionó la Sala de Casación Laboral en la sentencia, CSJ SL1688 de 2019, por citar solo un ejemplo.

Por su parte, el artículo 4 del Decreto 656 de 1994, estipula que *“las administradoras son instituciones de carácter provisional y, como tales, se encuentran obligadas a prestar en forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a dicha calidad. Por lo tanto, serán responsables de los perjuicios que por su culpa leve se puedan ocasionar a los afiliados.”*

De la misma manera, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 previó que *“los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.”*

La Sala de Casación Laboral, en proveído CSJ SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia CSJ SL 1688-2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde aquella institución. De otra parte, en las decisiones CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL19447-2017 y CSJ SL1421-2019, la misma Corporación indicó que el libre albedrio exigido por el sistema de seguridad social, no se restringe *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* la que no se configura

con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues se requiere contar con elementos de juicio suficientes para entender las consecuencias de la decisión. Además, que la firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020, STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021; CSJ SL 150-2022).

Ese deber de información, según las reglas jurisprudenciales descritas, de acuerdo con la época en que se efectúa el traslado, incluye la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que conlleva dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales. Además, el análisis calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo. Incluso, a partir de Ley 1748 de 2014 y del Decreto 2071 de 2015, el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Igualmente, señaló el máximo Órgano de cierre de esta jurisdicción que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición, o si tiene o no una expectativa legítima, dado que en todos los casos debe cumplirse con el deber de orientación como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ STL3202-2020, CSJ STL3201-2020, CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021. Útil es recordar que en sentencia CSJ SL 689-2019, se indicó que tratándose de asuntos como el que ocupa la atención de la Sala, se invierte la carga de la prueba, y debe entonces la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional.

VI. CASO CONCRETO

El actor se afilió al Instituto de Seguros Sociales el 3 de junio de 1975 (expediente administrativo), migró al RAIS, migró al RAIS, el 21 de abril de 1999 a través de la AFP Porvenir conforme certificación expedida por la Asofondos (expediente digital, archivo 01 fl. 52).

Al absolver interrogatorio de parte el demandante señaló que, para el momento del traslado prestaba servicios a la «*Empresa Licores de Cundinamarca*» su jefe de inmediato lo citó a su oficina, allí le dijo que el Instituto de Seguros Sociales se acabaría, le presentó a una asesora del fondo privado y le dijo que la mejor opción era trasladarse, ella le facilitó el formulario que procedió a firmar. La promotora le dijo que el reconocimiento de la pensión sería exactamente igual a lo que ofrecía el ISS.

De cara a los medios de prueba mencionados, para esta Sala la AFP Porvenir S.A, incumplió el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, (aplicable en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues no demostró en los términos señalados por la Sala de Casación Laboral, haber brindado al demandante, al momento de la afiliación, una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiera al afiliado conocer los efectos del traslado, acorde a su situación personal.

Cumple reiterar que la suscripción del formulario de afiliación no es suficiente para acreditar el deber de información que le asiste al fondo privado, dado que este, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (CSJ STL3202-2020; CSJ STL3201-2020; CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021). Empero, en el presente asunto, la AFP ni siquiera aportó copia de este documento.

En el mismo sentido, la teoría de los actos de relacionamiento materializados con la permanencia en el RAIS y las cotizaciones realizadas no aplica en los asuntos de ineficacia de traslado por resultar posteriores al acto jurídico inicial, tampoco la inobservancia de los deberes del afiliado como consumidor financiero.

En consecuencia, resulta evidente que Porvenir faltó a su deber en las condiciones fijadas por la jurisprudencia lo que conlleva la ineficacia del acto jurídico de traslado.

La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha adoctrinado que en tratándose de afiliados, los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos debieron ingresar a RPM, criterio que igualmente es aplicable frente al porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima (CSJ SL2209-2021).

Por tanto, la susodicha administradora deberá devolver el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos y los bonos pensionales a que haya lugar; así como los gastos de administración, las comisiones (CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020, CSJ SL373-2021 y 5686-2021), los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades (CSJ SL2207-2021 y CSJ 5686-2021). Por tanto, la sentencia será modificada en esta parte. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL2877-2020).

Impone señalar que la acción de ineficacia es imprescriptible, en tanto, los hechos o estados jurídicos no están sujetos a dicha figura, por tanto, puede solicitarse en cualquier tiempo, en la medida en que esta declaración tiene como objetivo comprobar o constatar un estado de cosas, la carencia de efectos jurídicos del acto desde su nacimiento, surgido con anterioridad al inicio del proceso, como lo ha puntualizado el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en las sentencias CSJ SL 1421-2019 CSJ SL373-2021 entre otras.

No se causan costas en este grado jurisdiccional, ni en la instancia ante su no causación.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral tercero de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 13 de septiembre de 2021, que quedará del siguiente tenor: condenar a la AFP Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones debidamente actualizado el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto con los rendimientos, los bonos pensionales así como los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima a que haya lugar; los gastos de administración, comisiones, y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

CONFIRMAR en los demás la sentencia el *a quo*.

Sin COSTAS en la consulta ni en la apelación ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO

Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada
aclaro voto



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

LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 033 2018 00035 01
DEMANDANTE: HELENA IVON ORJUELA ROMERO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. Y OLD MUTUAL SKANDIA PENSIONES Y CESANTIAS S.A.

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

SENTENCIA

La Sala decide los recursos de apelación interpuestos por las demandadas AFP Skandia S.A., Protección S.A. y Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 29 de julio de 2020. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

La accionante pretendió que se declare la «nulidad» del traslado del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) a través de la AFP Old Mutual S.A. el 30 marzo de 1999, y de los cambios a Colfondos S.A. el 30 de enero de 2001 y a Protección S.A. el 30 de enero de 2003. En consecuencia, se ordené a las AFP restituir a Colpensiones las cotizaciones, bonos pensionales y rendimientos que se hubieren causado. A esta a recibir los aportes, actualizar la historia laboral y activar la afiliación. Se disponga a las demandadas reconocer los derechos a que haya lugar en virtud de las

facultades *ultra y extra petita*, más las costas del proceso. Subsidiariamente pide se declare la ineficacia e inoperancia del traslado del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) a través de Old Mutual S.A. y los traslados posteriores.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 1 de junio de 1962, se afilió al Instituto de Seguros Sociales el 23 de mayo de 1985. Se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP Old Mutual S.A., posteriormente cambió horizontalmente a Colfondos S.A. y a Protección S.A. Adujo que ninguno de los fondos le informó de manera transparente, completa, clara, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y cierta respecto a las diferencias entre uno y otro régimen, ni sobre los beneficios, riesgos, desventajas y características del RAIS. La AFP Protección, elaboró proyección según la cual allí obtendría una mesada de \$763.965, entre tanto, en Colpensiones ascendería a \$1'561.659. Finalmente, que reclamó la anulación de la afiliación y traslado, Colpensiones rechazó la solicitud y los fondos guardaron silencio (fls. 1 a 15).

Colpensiones se opuso a la prosperidad de las súplicas. Admitió la vinculación actual a la AFP Protección, la reclamación administrativa y su respuesta. Manifestó que no son ciertos o no le constan los restantes hechos. Formuló las excepciones de inexistencia de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas y las demás declarables oficiosamente. En su defensa, argumentó que la demandante está incurso en una prohibición legal para retornar a RPM en razón de la edad, que no se supera como quiera que no cuenta con 750 semanas cotizadas al 1 de abril de 1994 (fls. 115 a 124).

La AFP Old Mutual rechazó las pretensiones. Admitió la data de nacimiento de la demandante y la solicitud de nulidad. Manifestó que no son ciertos o no le constan los restantes hechos. Propuso las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe, pago y las declarables oficiosamente. Sostuvo

que no existe causal alguna para declarar la ineficacia del traslado. Aseguró que la afiliación a ese fondo se adelantó con el lleno de requisitos legales y fue brindada por personal idóneo y capacitado (fls. 137 a 155).

La AFP Colfondos S.A. se opuso al éxito de las aspiraciones. Aceptó la fecha de nacimiento de la actora, la afiliación a este fondo y la solicitud de retorno al régimen de prima media. Manifestó que los demás hechos no son ciertos o no le constan. Propuso las excepciones de inexistencia del derecho reclamado, inexistencia de vicios en el consentimiento que generen nulidad, prescripción, caducidad, buena fe y las declarables de oficio. Expuso que la promotora del juicio no es beneficiaria del régimen de transición, por tanto no está facultada para retornar en cualquier tiempo a RPM (fls. 186 a 213).

Protección S.A. rechazó la totalidad de las súplicas. Aceptó que la actora está afiliada a esa AFP y la solicitud de regreso al régimen de prima media. Manifestó que no son ciertos o no le constan los restantes hechos. Planteó las excepciones de validación de la afiliación a Santander hoy Protección, buena fe, inexistencia de vicio del consentimiento por error de derecho, prescripción y las declarables oficiosamente. Señaló que la afiliación de la demandante se dio de forma libre y voluntaria y por ello no se configura causal de nulidad alguna (fls. 239 a 247).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 29 de julio de 2020 a folios 272 a 278, resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación de la señora Helena Ivon Orjuela Romero identificada con cedula de ciudadanía 39.683.046 de Bogotá, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP Old Mutual, hoy Skandia y con ello la afiliación realizada el 9 de diciembre de 1996, efectiva a partir del 1 de febrero 1997.

SEGUNDO: DECLARAR que la señora Helena Ivon Orjuela Romero, actualmente se encuentra afiliada en forma efectiva a la administradora del régimen de prima media con prestación definida, administrada por Colpensiones.

TERCERO: ORDENAR a Protección realizar el traslado de todos los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual de la señora Helena Ivon Orjuela Romero a Colpensiones, tales como cotizaciones, bonos pensionales y sumas adicionales de la aseguradora, junto con sus respectivos intereses o rendimientos.

CUARTO: ORDENAR a Old Mutual, hoy Skandia realizar el traslado de todos los dineros existentes por concepto de comisiones, gastos de administración que se generaron durante el tiempo de afiliación del régimen de ahorro individual con solidaridad por ser la entidad responsable del traslado de régimen conforme a las consideraciones de la parte motiva de esta sentencia.

QUINTO: ORDENAR a la AFP Old Mutual, Skandia a pagar de ser el caso las diferencias que llegare resultar entre lo ahorrado en el RAIS equivalente en régimen de prima media, los cuales serán asumidas a su cargo de su propio patrimonio teniendo en cuenta que fue esta entidad de la cual se dio origen el acto de afiliación declarado ineficaz para esto se conmina a Colpensiones a efectos de realizar las gestiones necesarias a fin de obtener el pago de tales sumas si a ella hubiere lugar, lo cual incluye gastos de administración, comisiones previamente referidos.

SEXTO: ORDENAR a Colpensiones recibir el traslado de las sumas anteriormente descritas, así como reactivar la afiliación de la señora Helena Ivon Orjuela Romero.

SEPTIMO: DECLARAR no probada la excepción de prescripción e inexistencia de derecho respecto de la pretensión de ineficacia del traslado conforme a lo expuesto por la parte motiva de esta providencia.

NOVENO (sic) : CONMINAR a Colpensiones y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado a efectos de que procedan a establecer mecanismos procesales y administrativos que permitan determinar los eventuales perjuicios que surjan a través de los procesos de ineficacia del traslado de régimen de prima media al RAIS.

NOVENO: ABSOLVER a Colfondos de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

DECIMO: Costas de esta instancia quedan a cargo de Old Mutual, hoy Skandia, se fijan como agencias en derecho cuatros salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Como sustento de su decisión, concluyó que la AFP no demostró haber brindado información clara, suficiente, oportuna y eficaz a la accionante que le permitiera tomar la decisión más conveniente para su futuro pensional. Indicó que los actos de relacionamiento no tienen la entidad de superar la deficiencia de la afiliación, tampoco el traslado entre administradoras.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes las demandadas apelaron lo resuelto.

Old Mutual, argumentó que no es procedente ordenarle devolver los gastos de administración, pues estas sumas fueron descontadas por mandato legal, mantuvieron cubierta a la actora frente a los riesgos de invalidez y muerte, además compensan la gestión de administración que generó en la cuenta individual rendimientos que de haber permanecido afiliada a prima media, no hubiera obtenido.

Protección S.A. rechazó la sentencia en cuanto le ordenó enviar a Colpensiones las sumas destinadas a cubrir las pólizas de seguro, pues fueron descontadas por disposición legal, mantuvieron cubierta a la demandante para los riesgos de invalidez y muerte y fueron trasladadas a terceros de buena fe, no vinculados al proceso.

Colpensiones imploró revocar la decisión, pues el traslado en los términos ordenados puede afectar la sostenibilidad financiera del sistema, porque no hay certeza que el ahorro de la accionante alcance para cubrir la prestación que haya lugar a reconocerle y en ese evento el Estado tendría que responder por el faltante. Sostuvo que solo se puede invertir la carga de la prueba respecto de afiliados que tengan expectativas legítimas, que se encuentren en régimen de transición o que vean afectado de manera grave su derecho pensional, por ello a la demandante le correspondía demostrar la configuración de algún vicio del consentimiento.

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

De conformidad con el artículo 69 del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social, al ser la sentencia de primera instancia adversa a Colpensiones entidad de la cual es garante la Nación, también es procedente abordar su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

V. CONSIDERACIONES

Corresponde a esta Sala definir si es procedente declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual efectuado por la actora.

Para resolver, es menester recordar que el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 114 *ibidem* permite al afiliado la selección libre y voluntaria del régimen pensional; por su parte, el artículo 271 del mismo estatuto, señala las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, y ordena dejar sin efecto dicho acto, y realizar uno nuevo sin presiones.

El Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen del demandante, previó en el numeral 1 del artículo 97, la obligación de las entidades de seguridad social de suministrar a los usuarios la información necesaria, clara, veraz y objetiva para que se elijan las mejores opciones del mercado. Así lo aleccionó la Sala de Casación Laboral en la sentencia, CSJ SL1688 de 2019, por citar solo un ejemplo.

Por su parte, el artículo 4 del Decreto 656 de 1994, estipula que *“las administradoras son instituciones de carácter provisional y, como tales, se encuentran obligadas a prestar en forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a dicha calidad. Por lo tanto, serán responsables de los perjuicios que por su culpa leve se puedan ocasionar a los afiliados.”*

De la misma manera, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 previó que *“los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.”*

La Sala de Casación Laboral, en proveído CSJ SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia CSJ SL 1688-2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde aquella institución. De otra parte, en las decisiones CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL19447-2017 y CSJ SL1421-2019, la misma Corporación indicó que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringe *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* la que no se configura con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues se requiere contar con elementos de juicio suficientes para entender las consecuencias de la decisión. Además, que la firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020, STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021; CSJ SL 150-2022).

Ese deber de información, según las reglas jurisprudenciales descritas, de acuerdo con la época en que se efectúa el traslado, incluye la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que conlleva dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales. Además, el análisis calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo. Incluso, a partir de Ley 1748 de 2014 y del Decreto 2071 de 2015, el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Igualmente, señaló el máximo Órgano de cierre de esta jurisdicción que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición, o si tiene o no una expectativa legítima, dado que en todos los casos debe cumplirse con el deber de orientación como requisito

sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ STL3202-2020, CSJ STL3201-2020, CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021. Útil es recordar que en sentencia CSJ SL 689-2019, se indicó que tratándose de asuntos como el que ocupa la atención de la Sala, se invierte la carga de la prueba, y debe entonces la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional.

VI. CASO CONCRETO

Según el reporte de semanas cotizadas de folios 125 y 156, la actora se afilió al ISS el 23 de mayo 1985, migró al RAIS, administrado por Pensionar, hoy Old Mutual S.A. el 9 diciembre de 1996 con la suscripción del formulario de afiliación visible a folios 50 y 156, en el que se puede leer:

DECLARO BAJO JURAMENTO QUE REALIZO EN FORMA VOLUNTARIA, LIBRE Y SIN PRESIONES LA ESCOGENCIA DEL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD Y A SU VEZ LA COMPAÑÍA PENSIONAR S.A. PARA QUE SEA LA ÚNICA ENTIDAD QUE ADMINISTRE MIS APORTES PENSIONALES. DECLARO QUE LOS DATOS PROPORCIONADOS EN ESTA SOLICITUD SON VERDADEROS, ASÍ MISMO DECLARO QUE HE RECIBIDO Y CONOZCO EL REGLAMENTO DEL FONDO Y EL PLAN QUE SELECCIONE A LOS CUALES ME ADHIERO.

Posteriormente cambió horizontalmente a la AFP Colfondos el 1 de marzo de 2001, a ING el 1 de febrero de 2003 y a partir del 31 de diciembre de 2012 en adelante ha estado vinculada a Protección S.A. (fl. 248).

Al absolver interrogatorio de parte la demandante indicó que para la época del traslado a su lugar de traslado llegó un amigo y le indicó que el ISS se iba a acabar, que en el fondo privado tendría una cuenta a su nombre, que obtendría rendimientos y esto le permitiría pensionarse anticipadamente y con un monto mayor, por ello firmó voluntariamente el formulario de afiliación. Expuso que realizó cambios horizontales porque,

otros amigos le ofrecían trasladarla y mejores condiciones de pensión, además porque le obsequiaban lapiceros o paraguas. Refirió que recibió información mínima de los fondos privados, incluso antes de los «48» años de edad trató de trasladarse pero los asesores que iban a su lugar de trabajo le decían que no podía regresar y debía permanecer en el RAIS.

De cara a los medios de prueba mencionados, para esta Sala la AFP Old Mutual S.A, incumplió el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, (aplicable en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues no demostró en los términos señalados por la Sala de Casación Laboral, haber brindado a la demandante, al momento de la afiliación, una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiera al afiliado conocer los efectos del traslado, acorde a su situación personal.

Cumple reiterar que la suscripción del formulario de afiliación no es suficiente para acreditar el deber de información que le asiste al fondo privado, dado que este, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (CSJ STL3202-2020; CSJ STL3201-2020; CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021).

En consecuencia, resulta evidente que la susodicha administradora faltó a su deber en las condiciones fijadas por la jurisprudencia lo que conlleva la ineficacia del acto jurídico de traslado, el que tampoco puede entenderse validado por el traslado entre administradoras, como reiteradamente lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia (CSJ SL 4360-2019).

De otra parte, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha adoctrinado que en tratándose de afiliados, los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con

solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos debieron ingresar a RPM. Criterio que igualmente, es aplicable frente al porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.

Por tanto, la AFP Protección S.A. la que se encuentra actualmente afiliada la accionante deberá devolver a Colpensiones el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con los rendimientos, bonos pensionales y porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, a que haya lugar, los valores utilizados en seguros previsionales, con cargo a sus propias utilidades (CSJ SJ SL2209-2021, CSJ SL2207-2021 y CSJ SL5686-2021), así como los gastos de administración y las comisiones (CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020, CSJ SL373-2021, CSJ SL5686-2021). Por tanto, la sentencia será modificada en esta parte. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL2877-2020).

Cumple agregar que no es posible eximir de responsabilidad a las Old Mutual y Colfondos de trasladar a Colpensiones las sumas de dinero descontadas por concepto de gastos y cuotas de administración, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales mientras la demandante estuvo vinculado a este fondo, dado que la declaración de ineficacia los obliga a devolver dichos rubros 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 5205-2020 CSJ SL 5680-2021). En consecuencia, la sentencia será adicionada en este punto. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de

los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL2877-2020).

Conforme a los rubros que se ordena trasladar se protege la sostenibilidad del sistema, dado que los aportes efectuados por el afiliado durante su vida productiva, con los cuales se edifica el financiamiento de la pensión, según los principios que inspiran el sistema de seguridad social, retornarán a RPM en su integridad, debidamente indexados, junto con los rendimientos y de ser necesario, con cargo a los recursos propios de cada AFP. De cualquier manera, Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar de asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensión, por ello, la sentencia será adicionada en este punto.

Impone señalar que la acción de ineficacia es imprescriptible, en tanto, los hechos o estados jurídicos no están sujetos a dicha figura, por tanto, puede solicitarse en cualquier tiempo, en la medida en que esta declaración tiene como objetivo comprobar o constatar un estado de cosas, la carencia de efectos jurídicos del acto desde su nacimiento, surgido con anterioridad al inicio del proceso, como lo ha puntualizado el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en las sentencias CSJ SL 1421-2019 y CSJ SL373-2021, entre otras.

No se causan costas en este grado jurisdiccional, ni en la instancia ante su no causación.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral tercero de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 29 de julio de 2020, que quedará del siguiente tenor: condenar a la AFP Protección S.A. a trasladar a Colpensiones debidamente actualizado el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con los rendimientos, los bonos pensionales, así como los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima a que haya lugar; los gastos de administración, comisiones, y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral cuarto de la decisión de primera instancia en el sentido de condenar a la AFP Old Mutual a trasladar a Colpensiones con cargo a sus propios recursos y debidamente actualizadas todas las sumas descontadas a la demandante por gastos y cuotas de administración, sumas adicionales de la aseguradora, porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales mientras la demandante estuvo vinculado a este fondo. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

TERCERO: REVOCAR el numeral noveno de la decisión para en su lugar condenar a la AFP Colfondos a trasladar a Colpensiones con cargo a sus propios recursos y debidamente actualizadas todas las sumas descontadas a la demandante por gastos y cuotas de administración, sumas adicionales de la aseguradora, porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales mientras la demandante estuvo vinculado a este

fondo. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

CUARTO: DECLARAR que Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar de asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensión.

QUINTO: CONFIRMAR en los demás la sentencia del *a quo*.

Sin COSTAS en la consulta ni en la apelación ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO

Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada

Aclaró voto



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

LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 34 2019 00223 01
DEMANDANTE: ORLANDO RINCÓN RAMÍREZ
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

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

SENTENCIA

La Sala decide los recursos de apelación interpuestos por el demandante y las demandadas AFP Protección S.A. y Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Cuarenta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 16 de septiembre de 2021. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

Este proceso ha pasado a la suscrita Magistrada por ponencia no aceptada por la mayoría, en consideración a que el proyecto inicial carecía de armonía y concordancia entre las valoraciones probatorias y las disertaciones jurídicas de la parte considerativa, y la decisión plasmada en la parte resolutive. Ello, como quiera que si bien, se confirmaba la sentencia de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado, la única motivación del proveído era que la Sala de Casación Laboral y Penal por vía de tutela ha dejado sin efectos algunas decisiones proferidas por este Tribunal que se apartaban del precedente sentado sobre la materia. Empero la argumentación legal y el análisis probatorio estaba dirigido a sustentar los motivos por los cuales se consideraba que no debía declararse ineficaz el acto jurídico del traslado (art. 280 del CGP).

En consecuencia, se consideró que una decisión en ese sentido podría quebrantamiento de las garantías fundamentales al debido proceso, a la defensa y al acceso a la administración de justicia (art. 29 y 228 y 229 Constitución Política), por carecer de “*congruencia interna*” que, según la Sala de Casación Laboral “(...) *exige armonía y concordancia entre las conclusiones judiciales derivadas de las valoraciones fácticas, probatorias y jurídicas implícitas en la parte considerativa, con la decisión plasmada en la parte resolutive. Por tanto, el fallo conforma un todo inescindible, un acto complejo, una unidad temática, entre la parte motiva y la resolutive*” (CSJ SL 2808-2018, reiterada en SL 440-2021).

Según la Corte Constitucional, la obligación de motivar las decisiones judiciales exige un esfuerzo argumentativo con “*miras a justificar su decisión y, por lo tanto, a convencer a las partes, a los demás jueces y al público en general, de que su resolución es la correcta*”. (CC-145-1998). Así mismo, el deber de motivación, además de ser una fuente de legitimación de la actividad judicial en un estado democrático, constituye un mecanismo que le permite al ciudadano conocer las razones de una decisión, para poder controvertirla y ejercer su derecho de defensa.

La misma Corporación ha puntualizado que:

Desde el punto de vista del operador judicial, la motivación consiste en un ejercicio argumentativo por medio del cual el juez establece la interpretación de las disposiciones normativas, de una parte, y determina cómo, a partir de los elementos de convicción aportados al proceso y la hipótesis de hecho que se construye con base en esos elementos, es posible subsumir el caso concreto en el supuesto de hecho de una regla jurídica aplicable al caso. En el estado constitucional de derecho, la motivación adquiere mayor importancia. (CC T-214- 2012).

I. ANTECEDENTES

El accionante pretendió que se declare nula la afiliación a la AFP Protección S.A. En consecuencia, se ordene al fondo privado que dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de la sentencia traslade a Colpensiones el valor íntegro del ahorro en cuenta individual, sin lugar a

descuento alguno por concepto de administración o cualquier otro pago. Se ordene a esta que dentro de los 4 meses siguientes al cumplimiento de la obligación impuesta a Protección, reconozca y pague la pensión de vejez en cuantía del 90% del ingreso base de liquidación, conforme a lo señalado en el Decreto 758 de 1990 y conforme al promedio de cotización de los últimos diez años según lo señalado en el artículo 22 de la Ley 100 de 1993; a pagar el retroactivo correspondiente. Condenar en costas a las demandadas.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 1 de abril de 1951. En noviembre de 1990, acreditó 500 semanas cotizadas al Instituto de Seguros Sociales. En 1998, se trasladó del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) a través de la AFP Protección S.A. Adujo que para la época contaba 646 semanas cotizadas y por ende tenía un derecho adquirido. Es beneficiario del régimen de transición toda vez que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, contaba más de 40 años. Para el 23 de abril de 2018, acredita 1.275,14 semanas cotizadas. Refirió que abril de 2011, data en que alcanzó 60 años, consolidó el derecho a la pensión. Finalmente, que la AFP Protección S.A. negó la solicitud de traslado (fls. 29 a 33, subsanación fls. 36 y 37).

Colpensiones se opuso al éxito de las pretensiones. Aceptó la data de natalicio del demandante, las semanas cotizadas al ISS, el traslado de régimen y la fecha en que alcanzó 60 años. Manifestó no le constan los restantes hechos. En su defensa, propuso las excepciones de descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y las demás declarables oficiosamente. En su defensa señaló que el demandante no es beneficiario del régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993, pues no acreditaba a la entrada en vigencia de la norma 15 años de cotización y

no es posible su regreso a prima porque se encuentra incurso en prohibición legal en atención a la edad (fls. 74 a 87, subsanación 194).

La AFP Protección S.A. se opuso a la prosperidad de las peticiones incoadas en su contra. Admitió la fecha de nacimiento del actor, las semanas cotizadas, la data en que cumplió 60 años, y la petición de traslado con su respuesta. Manifestó que no son ciertos o no le constan los demás hechos. Propuso las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. Argumentó que la ley contempla las características, ventajas y desventajas del RAIS, por ello, el accionante no puede alegar desconocimiento de la norma y menos la configuración de un vicio del consentimiento. Sostuvo que el actor ha permanecido vinculado por más de 20 años y ha realizado cotizaciones, así durante 14 años tuvo la opción de regresar y no lo hizo (fls. 128 a 136, subsanación 171).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Cuarenta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 16 de septiembre de 2021(fl. 264), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado realizado por ORLANDO RINCÓN RAMÍREZ del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: ORDENAR a la AFP Protección a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros, gastos de administración y comisiones, debidamente indexados al momento de realizarse la transferencia.

TERCERO: ORDENAR a COLPENSIONES a recibir los dineros provenientes de la AFP Protección S.A. y a realizar los ajustes en la historia pensional del actor.

CUARTO: CONDENAR en costas incluidas las agencias en derecho a cada una de las demandadas Protección S.A. y Colpensiones y a favor del demandante en la suma de \$1.000.000

QUINTO: ABSOLVER a Colpensiones de las demás pretensiones elevadas por el demandante

SEXTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

(...)

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP Protección S.A. no demostró en los términos de la jurisprudencia que ofreció asesoría y entregó al actor información objetiva, suficiente y clara sobre los efectos que conllevaría el traslado de régimen, en especial los aspectos negativos conforme a su situación particular. Expuso que el formulario de afiliación no cumple tal finalidad. El actor acredita ser beneficiario del régimen de transición dado que al 1 de abril de 1994, contaba más de 40 años de edad y para 1997, acreditaba 750 semanas cotizadas y tenía una expectativa respecto de derecho pensional. Indicó que el accionante confesó al absolver interrogatorio de parte que actualmente se encuentra vinculado laboralmente por lo que se hace necesaria la desafiliación del sistema a efectos de reconocer la prestación de vejez y precisó que por esta circunstancia, no se entenderá estudiado el asunto a efectos de la cosa juzgada.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la demandante y las demandadas apelaron lo resuelto.

El demandante apeló la sentencia, bajo el argumento que la vinculación laboral actual no es óbice para negar el reconocimiento de la pensión de vejez, pues acredita la edad y más de 1.441 semanas cotizadas. Peticionó el reconocimiento del retroactivo correspondiente a las mesadas dejadas de cancelar, en los tres años anteriores a la presentación de la demanda.

La AFP Protección S.A., rechazó la orden de devolver gastos de administración y primas de seguros previsionales, dado que fueron descontados por mandato legal, estuvieron destinados a retribuir la gestión de la AFP, así como a cubrir al demandante frente a los riesgos de invalidez y muerte y por tanto fueron trasladados a terceros. Expuso que al ordenarse la devolución de rendimientos se genera un enriquecimiento

sin causa en cabeza de Colpensiones entidad que no participó en la generación de los mismos. Señaló que estos recursos no integran el capital para financiar la prestación por ende frente a ellos opera la prescripción.

Colpensiones reclama la revocatoria de la sentencia, bajo el argumento de que la afiliación no es un acto unilateral, por lo que genera obligaciones a ambas partes y el demandante tenía el deber de informarse, como consumidor financiero. Arguyó que la decisión atenta directamente contra el principio de sostenibilidad financiera, pues la entidad deberá atender a futuro la prestación de quien no contribuyó al fondo común, y cuyos recursos no alcanzarán para financiar la pensión. Resaltó que el demandante suscribió de manera voluntaria el contrato de afiliación y permaneció vinculado por más de 25 años, sin manifestar inconformidad. De confirmarse la decisión reclama que Protección sea condenada a devolver aportes, cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración, debidamente indexados.

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

De conformidad con el artículo 69 del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social, al ser la sentencia de primera instancia adversa a Colpensiones entidad de la cual es garante la Nación, también es procedente abordar su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

V. CONSIDERACIONES

Corresponde a esta Sala definir si es procedente declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual efectuado por el actor.

Para resolver, es menester recordar que el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 114 *ibidem* permite al afiliado la selección libre y voluntaria del régimen pensional; por su parte, el artículo 271 del mismo estatuto, señala las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, y ordena dejar sin efecto dicho acto, y realizar uno nuevo sin presiones.

El Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen del demandante, previó en el numeral 1 del artículo 97, la obligación de las entidades de seguridad social de suministrar a los usuarios la información necesaria, clara, veraz y objetiva para que se elijan las mejores opciones del mercado. Así lo aleccionó la Sala de Casación Laboral en la sentencia, CSJ SL1688 de 2019, por citar solo un ejemplo.

Por su parte, el artículo 4 del Decreto 656 de 1994, estipula que *“las administradoras son instituciones de carácter provisional y, como tales, se encuentran obligadas a prestar en forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a dicha calidad. Por lo tanto, serán responsables de los perjuicios que por su culpa leve se puedan ocasionar a los afiliados.”*

De la misma manera, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 previó que *“los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.”*

La Sala de Casación Laboral, en proveído CSJ SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia CSJ SL 1688-2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde aquella institución. De otra parte, en las decisiones CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL19447-2017 y CSJ SL1421-2019, la misma Corporación indicó que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringe *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* la que no se configura con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues se requiere contar con elementos de juicio

suficientes para entender las consecuencias de la decisión. Además, que la firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020, STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021; CSJ SL 150-2022).

Ese deber de información, según las reglas jurisprudenciales descritas, de acuerdo con la época en que se efectúa el traslado, incluye la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que conlleva dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales. Además, el análisis calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo. Incluso, a partir de Ley 1748 de 2014 y del Decreto 2071 de 2015, el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Igualmente, señaló el máximo Órgano de cierre de esta jurisdicción que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición, o si tiene o no una expectativa legítima, dado que en todos los casos debe cumplirse con el deber de orientación como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ STL3202-2020, CSJ STL3201-2020, CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021. Útil es recordar que en sentencia CSJ SL 689-2019, se indicó que tratándose de asuntos como el que ocupa la atención de la Sala, se invierte la carga de la prueba, y debe entonces la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional

VI. CASO CONCRETO

Se evidencia con la copia de la cedula de ciudadanía que el promotor del juicio nació el 1 abril de 1951, por lo que al 1 de abril de 1994 contaba

con 43 años, data en la cual contaba 623.57 semanas (fl. 8). Así las cosas, es beneficiario del régimen de transición en razón a la edad (fl. 19).

Según el reporte de semanas cotizadas allegado por Colpensiones el promotor del juicio se afilió al ISS el 6 de febrero de 1973 (fl 223 expediente digital), migró al RAIS, administrado por Protección el 9 de enero de 1998 (fl. 137), según formulario de vinculación suscrito por el actor, en el que se puede leer:

HAGO CONSTAR QUE LA SELECCIÓN DEL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD LO HE EFECTUADO EN FORMA LIBRE, ESPONTÁNEA Y SIN PRESIONES. MANIFIESTO QUE HE ELEGIDO A LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. PARA QUE ADMINISTRE MIS APORTES PENSIONALES Y QUE LOS DATOS PROPORCIONADOS EN ESTA SOLICITUD SON VERDADEROS

Al absolver interrogatorio de parte, el demandante manifestó que para la época del traslado era «*Topógrafo*» y realizaba aportes como independiente. Indicó que referido por otra persona, a su casa llegó un asesor de Protección, quien le informó que al trasladarse obtendría una mesada superior a la que podría ofrecerle el ISS, que el bono pensional pasaría a la AFP, que si deseaba podía realizar aportes voluntarios, retirar todo el dinero acumulado en cualquier tiempo y que sus recursos podrían ser heredados por sus beneficiarios, pero no le explicaron cómo se financiaría la prestación. Expuso que tuvo la oportunidad de formular preguntas. Admitió que recibió asesoría de Protección en el 2003, pero no recordar el contenido de la misma. Refirió que actualmente se encuentra laborando y realiza aportes al fondo.

De cara a los medios de prueba mencionados, para esta Sala la AFP Protección S.A, incumplió el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, (aplicable en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues no demostró en los términos señalados por la Sala de Casación Laboral, haber brindado al demandante, al momento de la afiliación, una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que

le permitiera al afiliado conocer los efectos del traslado, acorde a su situación personal.

Cumple reiterar que la suscripción del formulario de afiliación no es suficiente para acreditar el deber de información que le asiste al fondo privado, dado que este a lo sumo acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (CSJ STL3202-2020; CSJ STL3201-2020; CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021).

De otra parte, la teoría de los actos de relacionamiento materializados con la permanencia en el RAIS y las cotizaciones realizadas no aplica en los asuntos de ineficacia de traslado por resultar posteriores al acto jurídico inicial, tampoco la inobservancia de los deberes del afiliado como consumidor financiero.

En consecuencia, resulta evidente que Protección faltó a su deber de información, en las condiciones fijadas por la jurisprudencia, lo que conlleva la ineficacia del acto jurídico de traslado.

Importa señalar que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha adoctrinado que en tratándose de afiliados, los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos debieron ingresar a Régimen de Prima Media con Prestación Definida (RPM). Criterio que igualmente es aplicable frente al porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima (CSJ SL2209-2021).

Por tanto, la susodicha AFP deberá devolver el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos y los bonos pensionales a que haya lugar; así como los gastos de administración, las comisiones (CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020, CSJ

SL373-2021 y 5686-2021), los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades (CSJ SL2207-2021 y CSJ 5686-2021). Por tanto, la sentencia será modificada en esta parte. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL2877-2020).

Conforme a los rubros que se ordena trasladar se protege la sostenibilidad del sistema, dado que los aportes efectuados por el afiliado durante su vida productiva, con los cuales se edifica el financiamiento de la pensión, según los principios que inspiran el sistema de seguridad social, retornarán a RPM en su integridad, debidamente indexados, junto con los rendimientos y de ser necesario, con cargo a los recursos propios de cada AFP. De cualquier manera, Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar de asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensión.

Impone señalar que la acción de ineficacia es imprescriptible, en tanto, los hechos o estados jurídicos no están sujetos a dicha figura, por tanto, puede solicitarse en cualquier tiempo, en la medida en que esta declaración tiene como objetivo comprobar o constatar un estado de cosas, la carencia de efectos jurídicos del acto desde su nacimiento, surgido con anterioridad al inicio del proceso, como lo ha puntualizado el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en las sentencias CSJ SL 1421-2019 CSJ SL373-2021 entre otras.

Establecido entonces que el demandante se encuentra válidamente afiliado a Colpensiones, pasa la Sala a determinar si como alega en la apelación tiene derecho al reconocimiento de la pensión de vejez de conformidad con la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003

El artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003, contempla como requisitos para acceder a la pensión de vejez en lo que interesa al proceso, que la afiliada mujer haya alcanzado los 57 años y acredite cotizaciones por un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo. Precisa la norma que a partir del 1º de enero del año 2005 el número de semanas se incrementaría en 50 y a partir del 1 de enero de 2006 ascenderá en 25 cada año hasta llegar a 1300 semanas en el año 2015.

En esa perspectiva, una vez realizadas las validaciones correspondientes, se determina que el accionante alcanzó los 62 años de edad el 1 de abril de 2013 (fl. 19) y que a lo largo de su vida laboral acredita más de 1.300 semanas cotizadas (fls. 12 a 36 y 165 a 176), por lo que tiene derecho a acceder a la pensión de vejez en los términos previstos en la ley de seguridad social. No obstante, como quiera que el actor confesó al rendir declaración de parte que actualmente labora y realiza aportes a seguridad social, no es posible determinar el monto de la prestación, tampoco la fecha de disfrute.

De otro lado, sólo hasta que Colpensiones reciba a satisfacción el traslado del saldo en cuenta individual, los rendimientos y los bonos pensionales a que haya lugar; así como los gastos de administración, las comisiones, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales estará obligada a reconocer la prestación de vejez, pues no cuenta en la actualidad con los recursos para financiar la pensión, en todo caso, como tercero de buena fe, no intervino en el acto del traslado.

Puestas de esta manera las cosas, se adicionará la sentencia en el sentido de condenar a Colpensiones a reconocer al demandante pensión de vejez al amparo del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, a partir del día siguiente a aquel en que el actor realice su último aporte, la cual deberá ser liquidada de

conformidad con lo dispuesto en el artículo 21 del Estatuto de Seguridad Social.

De conformidad con las consideraciones expuestas, surtido el grado jurisdiccional de consulta y atendidos los argumentos de apelación, esta Colegiatura adiciona la decisión analizada en la forma anunciada.

No se causan costas en este grado jurisdiccional, ni en la instancia ante su no causación.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia proferida el 16 de septiembre de 2021, por el Juzgado Cuarenta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., que quedará del siguiente tenor: condenar a la AFP Protección S.A. a trasladar a Colpensiones debidamente actualizado el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto con los rendimientos, los bonos pensionales así como los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima a que haya lugar; los gastos de administración, comisiones, y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

SEGUNDO: ADICIONAR la decisión para CONDENAR a Colpensiones a reconocer y pagar al demandante pensión de vejez al amparo del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, a partir del día siguiente a aquel en que acredite el

retiro del sistema, la cual deberá ser liquidada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 21 del Estatuto de Seguridad Social. Al momento de cumplir esta orden la entidad ha debido recibir a satisfacción el traslado de los rubros señalados en el numeral primero en la forma allí dispuesta.

TERCERO: CONFIRMAR en los demás la sentencia del *a quo*.

Sin COSTAS en la consulta ni en la apelación ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO

Magistrado


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada

Salvo voto



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

LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 036 2018 00601 01
DEMANDANTE: MARITZA BEATRIZ BRICEÑO GARCÍA
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., Y COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.

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

SENTENCIA

La Sala decide los recursos interpuestos por las demandadas AFP Protección S.A. y Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 31 de mayo de 2021. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

Este proceso ha pasado a la suscrita Magistrada por ponencia no aceptada por la mayoría, en consideración a que el proyecto inicial carecía de armonía y concordancia entre las valoraciones probatorias y las disertaciones jurídicas de la parte considerativa, y la decisión plasmada en la parte resolutive. Ello, como quiera que si bien, se confirmaba la sentencia de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado, la única motivación del proveído era que la Sala de Casación Laboral y Penal por vía de tutela ha dejado sin efectos algunas decisiones proferidas por este Tribunal que se apartaban del precedente sentado sobre la materia. Empero la argumentación legal y el análisis probatorio estaba dirigido a sustentar los motivos por los cuales se consideraba que no debía declararse ineficaz el acto jurídico del traslado (art. 280 del CGP).

En consecuencia, se consideró que una decisión en ese sentido podría quebrantamiento de las garantías fundamentales al debido proceso, a la defensa y al acceso a la administración de justicia (art. 29 y 228 y 229 Constitución Política), por carecer de “*congruencia interna*” que, según la Sala de Casación Laboral “(...) *exige armonía y concordancia entre las conclusiones judiciales derivadas de las valoraciones fácticas, probatorias y jurídicas implícitas en la parte considerativa, con la decisión plasmada en la parte resolutive. Por tanto, el fallo conforma un todo inescindible, un acto complejo, una unidad temática, entre la parte motiva y la resolutive*” (CSJ SL 2808-2018, reiterada en SL 440-2021).

Según la Corte Constitucional, la obligación de motivar las decisiones judiciales exige un esfuerzo argumentativo con “*miras a justificar su decisión y, por lo tanto, a convencer a las partes, a los demás jueces y al público en general, de que su resolución es la correcta*”. (CC-145-1998). Así mismo, el deber de motivación, además de ser una fuente de legitimación de la actividad judicial en un estado democrático, constituye un mecanismo que le permite al ciudadano conocer las razones de una decisión, para poder controvertirla y ejercer su derecho de defensa.

La misma Corporación ha puntualizado que:

Desde el punto de vista del operador judicial, la motivación consiste en un ejercicio argumentativo por medio del cual el juez establece la interpretación de las disposiciones normativas, de una parte, y determina cómo, a partir de los elementos de convicción aportados al proceso y la hipótesis de hecho que se construye con base en esos elementos, es posible subsumir el caso concreto en el supuesto de hecho de una regla jurídica aplicable al caso. En el estado constitucional de derecho, la motivación adquiere mayor importancia. (CC T-214- 2012).

I. ANTECEDENTES

La accionante pretendió que se declare «*la nulidad*» del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) a través de la AFP Protección S.A., y tenerse como válidamente afiliada al régimen de prima media con prestación definida (RPM). En consecuencia, condenar a los

fondos de pensiones a trasladar a Colpensiones la totalidad de lo ahorrado en la cuenta individual, bonos pensionales, sumas de la aseguradora rendimientos financieros y demás. A la última aceptar el traslado de recursos. A las demandadas a reconocer los derechos a que haya lugar en virtud de las facultades ultra y extra *petita*, y las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 18 de diciembre de 1960, cotizó 529,29 semanas al Instituto de Seguros Sociales. El 7 de diciembre de 1998, se trasladó al RAIS través de la AFP Protección S.A. y cambio horizontalmente a la AFP Colfondos S.A. el 5 de febrero de 2002. Adujo que la asesora de Protección se limitó a indicarle que el ISS se iba a acabar, y que en el fondo obtendría una mesada pensional más alta, en el momento en que quisiera, pero no le explicó como sucedería no le ilustró sobre las características del régimen. Señaló que ninguna de las AFP le informó sobre la posibilidad que tenía de retornar a prima media antes de cumplir 47 años. De acuerdo a proyección pensional elaborada por Colfondos allí obtendrá una mesada de \$1.668.874, entre tanto, en Colpensiones ascendería a \$7.984.000 Finalmente, que las demandadas negaron la solicitud de traslado (expediente digital carpeta 01 documento 01 fls. 4 a 19).

Colpensiones rechazó las pretensiones. Admitió la fecha de nacimiento de la promotora del juicio, la vinculación y cotizaciones al ISS. Manifestó que no le constan o no son ciertos los restantes hechos. Propuso las excepciones de inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y las demás declarables oficiosamente. En su defensa argumentó que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, la actora no contaba con 750 semanas cotizadas, por tanto no es beneficiaria del régimen de transición y no puede regresar en cualquier momento a RPM, pues está incurso en una prohibición legal. (expediente digital carpeta 01, documento 01 fls. 145 a 191).

Colfondos S.A. rechazó las súplicas. Manifestó que no son ciertos o no le constan los hechos. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A., prescripción de la acción para solicitar de la nulidad del traslado, compensación y pago, las demás declarables oficiosamente. Señaló que la actora, al momento del traslado recibió asesoría de acuerdo a las formalidades, por ello se afilió de forma libre y voluntaria, no ejerció el derecho de retracto que siempre le fue garantizado, por lo que no le es dable ahora, cuando excede los términos del cambio de régimen pretender retornar a RPM (expediente digital carpeta 01 documento 01 fls. 218 a 236).

Protección S.A. se opuso a la prosperidad de las súplicas. Acepto la data de nacimiento de la demandante y la afiliación al régimen de ahorro individual. Manifestó que no son ciertos o no le constan los restantes hechos. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones y las demás declarables oficiosamente. Señaló que la afiliación de hizo de forma libre y voluntaria, no se configuró ningún vicio del consentimiento porque la demandante recibió asesoría completa y comprensible conforme a la normatividad de la época (expediente digital carpeta 01 documento 01 fls. 262 a 310).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 31 de mayo de 2021 (carpeta 07, documento 02 expediente virtual), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado efectuado por la señora Maritza Beatriz Briceño García del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad que se hizo efectivo el 1 de febrero de 1999 con la AFP Protección S.A.

SEGUNDO: CONDENAR a Colfondos S.A. pensiones y cesantías a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante que incluyan cotizaciones y rendimientos sin que le sea posible descontar suma alguna por gastos de administración o cualquier otro.

TERCERO: CONDENAR a la administradora de Fondos de Pensión y Cesantías Protección S.A. a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones la totalidad de los valores que hayan sido descontados de la cuenta de ahorro individual de la accionante durante la vigencia de la afiliación de esta con dicha AFP por gastos de administración comisiones o cualquier otra.

CUARTA: DECLARAR no probadas las excepciones de prescripción y falta de legitimación en la causa por pasiva.

QUINTO: CONDENAR en costas a Protección S.A. y Colfondos S.A. liquídense con la suma de \$900.000 como agencias en derecho.

SEXTO: Consúltese con el superior la presente sentencia en favor de la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones conforme lo dispone el a 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social.

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP no demostró haber brindado información completa y suficiente a la accionante al momento del traslado, para que tomara una decisión a sabiendas de las consecuencias que el cambio implicaría. Expuso que la sola firma de forma voluntaria del formulario de vinculación no es demostrativa del cumplimiento del deber a su cargo.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes las demandadas AFP Protección y Colpensiones S.A. apelaron lo resuelto.

La AFP Protección, aspira se revoque la orden de trasladar gastos de administración y seguro previsional, pues estas sumas fueron descontadas por mandato legal, compensaron la gestión de la administradora y mantuvieron cubierta a la accionante frente a los riesgos de invalidez y muerte, mediante el pago mensual de una póliza de seguro. Señaló que los rendimientos no deben ser trasladados si lo que se pretende es que las cosas vuelvan a su estado anterior.

Por su parte, Colpensiones solicitó revocar la decisión, dado que no es dable exigir a la AFP acreditar información en términos introducidos en el ordenamiento jurídico con posterioridad al traslado. Señaló que el formulario de afiliación era el único requisito previsto para la época. Sostuvo que las demandantes no contaban con una expectativa legítima de pensionarse en el régimen de prima media y permanecieron en el RAIS durante un largo periodo en el que no se preocuparon de su futuro pensional, faltó a sus deberes como consumidor financiero, no observó cuidado en la celebración de negocios jurídicos, nunca se acercó a Colpensiones antes de estar incurso en la prohibición legal de cambiar de régimen. Indicó que la decisión atenta contra la sostenibilidad financiera del fondo común que tendrá a cargo la prestación de vejez de la demandante con recursos que no serán suficientes y por tanto pese a no haber participado en el acto jurídico cuestionado deberá acarrear con las consecuencias adversas.

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

De conformidad con el artículo 69 del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social, al ser la sentencia de primera instancia adversa a Colpensiones entidad de la cual es garante la Nación, también es procedente abordar su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

V. CONSIDERACIONES

Corresponde a esta Sala definir si es procedente declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual efectuado por la actora.

Para resolver, es menester recordar que el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 114 *ibidem* permite al afiliado la selección libre y voluntaria del régimen pensional; por su parte, el artículo 271 del mismo estatuto, señala las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, y ordena dejar sin efecto dicho acto, y realizar uno nuevo sin presiones.

El Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen del demandante, previó en el numeral 1 del artículo 97, la obligación de las entidades de seguridad social de suministrar a los usuarios la información necesaria, clara, veraz y objetiva para que se elijan las mejores opciones del mercado. Así lo aleccionó la Sala de Casación Laboral en la sentencia, CSJ SL1688 de 2019, por citar solo un ejemplo.

Por su parte, el artículo 4 del Decreto 656 de 1994, estipula que *“las administradoras son instituciones de carácter provisional y, como tales, se encuentran obligadas a prestar en forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a dicha calidad. Por lo tanto, serán responsables de los perjuicios que por su culpa leve se puedan ocasionar a los afiliados.”*

De la misma manera, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 previó que *“los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.”*

La Sala de Casación Laboral, en proveído CSJ SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia CSJ SL 1688-2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde aquella institución. De otra parte, en las decisiones CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL19447-2017 y CSJ SL1421-2019, la misma Corporación indicó que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringe *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* la que no se configura con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues se requiere contar con elementos de juicio

suficientes para entender las consecuencias de la decisión. Además, que la firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020, STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021; CSJ SL 150-2022).

Ese deber de información, según las reglas jurisprudenciales descritas, de acuerdo con la época en que se efectúa el traslado, incluye la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que conlleva dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales. Además, el análisis calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo. Incluso, a partir de Ley 1748 de 2014 y del Decreto 2071 de 2015, el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Igualmente, señaló el máximo Órgano de cierre de esta jurisdicción que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición, o si tiene o no una expectativa legítima, dado que en todos los casos debe cumplirse con el deber de orientación como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ STL3202-2020, CSJ STL3201-2020, CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021. Útil es recordar que en sentencia CSJ SL 689-2019, se indicó que tratándose de asuntos como el que ocupa la atención de la Sala, se invierte la carga de la prueba, y debe entonces la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional.

VI. CASO CONCRETO

Según el reporte de semanas cotizadas de folio 97 la actora se afilió al Instituto de Seguros Sociales el 26 de octubre de 1998, migró al RAIS

administradora Protección S.A. el 7 de diciembre de 1998, con la suscripción de formulario de afiliación de folio 100, en el que se puede leer:

HAGO CONSTAR QUE LA SELECCIÓN DEL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD LO HE EFECTUADO EN FORMA LIBRE ESPONTÁNEA Y SIN PRESIONES. MANIFIESTO QUE HE ELEGIDO A LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., PARA QUE ADMINISTRE MIS APORTES PENSIONALES Y QUE LOS DATOS PROPORCIONADOS EN ESTA SOLICITUD SON VERDADEROS

Posteriormente, se trasladó horizontalmente a Colfondos S.A. el 5 de febrero de 2002 (expediente digital, carpeta 01 fl. 102).

De cara a los medios de prueba mencionados, para esta Sala las AFP Protección S.A., incumplió el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, (aplicable en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues no demostró en los términos señalados por la Sala de Casación Laboral, haber brindado a la demandante, al momento de la afiliación, una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiera al afiliado conocer los efectos del traslado, acorde a su situación personal.

Cumple reiterar que la suscripción del formulario de afiliación no es suficiente para acreditar el deber de información que le asiste al fondo privado, dado que este a lo sumo acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (CSJ STL3202-2020; CSJ STL3201-2020; CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021).

En consecuencia, resulta evidente que la susodicha administradora faltó a su deber en las condiciones fijadas por la jurisprudencia lo que conlleva la ineficacia del acto jurídico de traslado, el que tampoco puede entenderse validado por el traslado entre administradoras, como

reiteradamente lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia (CSJ SL 4360 -2019).

Importa señalar que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha adoctrinado que en tratándose de afiliados, los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos debieron ingresar a RPM. Criterio que igualmente es aplicable frente al porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima (CSJ SL2209-2021).

Por tanto, la AFP Colfondos S.A. administradora en la cual se encuentra actualmente afiliada, deberá entregar a Colpensiones el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la demandante, los rendimientos, bonos pensionales y porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, a que haya lugar, los valores utilizados en seguros previsionales, con cargo a sus propias utilidades (CSJ SJ SL2209-2021, CSJ SL2207-2021 y CSJ SL5686-2021), así como los gastos de administración y las comisiones (CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020, CSJ SL373-2021, CSJ SL5686-2021). Por tanto, la sentencia será modificada en esta parte. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL2877-2020).

Cumple agregar que no es posible eximir de responsabilidad a la AFP Protección S.A., de devolver las sumas de dinero descontadas por concepto de gastos y cuotas de administración, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales mientras la demandante estuvo vinculada a este fondo, dado que la declaración de ineficacia la obliga a devolver dichos

rubros con cargo a sus propias utilidades. En consecuencia, la sentencia será modificada, también, en este punto. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL2877-2020).

Conforme a los rubros que se ordena trasladar se protege la sostenibilidad del sistema, dado que los aportes efectuados por la afiliada durante su vida productiva, con los cuales se edifica el financiamiento de la pensión, según los principios que inspiran el sistema de seguridad social, retornarán a RPM en su integridad, debidamente indexados, junto con los rendimientos y de ser necesario, con cargo a los recursos propios de cada AFP.

No se causan costas en este grado jurisdiccional, ni en la instancia ante su no causación.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el punto segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C, el 31 de mayo de 2021, que quedará del siguiente tenor: condenar a la AFP Colfondos S.A. a trasladar a Colpensiones debidamente actualizado el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con los rendimientos, los bonos pensionales así como los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima a que haya lugar; los gastos de administración, comisiones, y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse

con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

SEGUNDO: MODIFICAR al numeral tercero de la sentencia apelada en el sentido de condenar a la AFP Protección S.A. a trasladar a Colpensiones con cargo a sus propios recursos y debidamente actualizadas todas las sumas descontadas al demandante por gastos y cuotas de administración, sumas adicionales de la aseguradora, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales mientras la demandante estuvo vinculada a este fondo. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

TERCERO: CONFIRMAR en los demás la sentencia del *a quo*.

Sin COSTAS en la consulta y en la apelación ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,


LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO

Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada
Aclaro voto

036 2018 00601 01



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

LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 36 2019 00386 01
DEMANDANTE: ERNESTO CALDERÓN CRISTANCHO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

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

SENTENCIA

La Sala decide los recursos de apelación interpuestos por las demandadas AFP Protección S.A. y la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 19 de agosto de 2021. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

El accionante pretendió que se declare que el «*acto jurídico de la afiliación*» al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) a través de la AFP Protección S.A. realizado el 1 de febrero de 1996, está viciado. En consecuencia, se condene a la AFP a trasladar a Colpensiones la totalidad de los aportes, rendimientos e intereses. A registrarlo como su afiliado sin solución de continuidad, a recibir los recursos y corregir la historia laboral. Así mismo, a las demandadas a pagar las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que el 1978 se afilió al Instituto de Seguros Sociales. En febrero de 1996, se trasladó al régimen

de ahorro individual con solidaridad (RAIS), a través de la AFP Protección. Adujo que firmó el formulario de vinculación al fondo sin recibir previamente información clara, completa y comprensible sobre las características de cada régimen, las ventajas y desventajas del cambio en atención a sus circunstancias particulares. Refirió que en la AFP le informaron que le sería reconocida pensión equivalente al salario mínimo legal mensual vigente. Finalmente, que la demandada Colpensiones negó la petición de retorno al régimen de prima media (fl. 4 a 9 expediente digital).

La AFP Protección S.A. se opuso a la prosperidad de las peticiones. Admitió únicamente la afiliación al fondo. Manifestó que no son ciertos o no le constan los demás hechos. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, prescripción, buena fe, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, *«reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa»*, *«inexistencia de la obligación de devolver al seguro provisional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe»* y las demás declarables de oficio. Señaló que el traslado de régimen es un acto jurídico válido y eficaz, Validez, eficacia y existencia del acto jurídico de afiliación. Sostuvo que no es posible exigir al fondo acreditar requisitos incorporados en el ordenamiento jurídico con posterioridad al cambió, en atención al principio de irretroactividad de las normas y que el monto de la pensión no constituye un argumento válido para que quien está incurso en prohibición legal retorne a RPM (expediente digital, carpeta 01 fls. 72 a 92).

Colpensiones se opuso al éxito de las súplicas. Aceptó la afiliación al ISS, la reclamación administrativa y su respuesta. Manifestó que no le consta la ocurrencia de los restantes hechos. Propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, prescripción, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima

media con prestación definida, inoponibilidad por ser tercero de buena fe, prescripción de las obligaciones de tracto sucesivo, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, buena fe, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inobservancia del principio constitucional desarrollado en el artículo 48 de la Constitución Política adicionado por el Acto Legislativo 01 de 2005 y las demás declarables oficiosamente. En defensa de sus intereses, expuso que el demandante en razón de la edad no puede retornar a prima media, que el acto de traslado es válido pues no se configuró vicio del consentimiento alguno. Alegó que de prosperar las peticiones del demandante se atentaría contra el equilibrio financiero del régimen de prima media (expediente digital, carpeta 01 fls. 176 a 195).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 19 de agosto de 2021 (expediente digital, carpeta 7), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado efectuado por el señor Ernesto Calderón Cristancho, del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, que se hizo efectivo el 1 de febrero de 1996 con la AFP Colmena hoy Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.

SEGUNDO: CONDENAR a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, los valores de la cuenta de ahorro individual del demandante, que incluyan cotizaciones y rendimientos, sin que le sea posible descontar suma alguna por gastos de administración o cualquier otra.

TERCERO: DECLARAR no probada la excepción de prescripción.

CUARTO: CONDENAR en costas a Protección S.A. liquídense con la suma de \$900.000 como agencias en derecho.

QUINTO: Consúltese con el Superior la presente sentencia, en favor de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, conforme lo dispone el artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Como sustento de su decisión, señaló que conforme a la carga dinámica de la prueba le corresponde a la AFP demostrar que sus actuaciones al momento del traslado se ciñeron al cumplimiento del deber

de información, circunstancia que no acreditó en juicio y no puede presumirse con la suscripción del formulario de afiliación, por lo que procede declarar la ineficacia deprecada.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes las demandadas apelaron lo resuelto.

Colpensiones reclama la revocatoria de la sentencia, bajo el argumento de que la afiliación es válida, y el formulario de vinculación fue suscrito voluntariamente, no se acreditó la configuración de algún vicio de consentimiento, además el actor faltó a sus deberes como consumidor financiero, permaneció por largo tiempo vinculado al RAIS y realizó cotizaciones con lo cual convalidó su voluntad de vincularse. Expuso que no es posible solicitar a la AFP acreditar requisitos incluidos en el ordenamiento jurídico con posterioridad al traslado. Señaló que el permitir el retorno de quien no ha contribuido al fondo común, favorece la descapitalización del sistema y rompe con el equilibrio financiero.

La AFP Protección S.A., rechazó la condena de gastos de administración dado que estas sumas fueron descontadas por mandato legal, estuvieron destinadas a retribuir la gestión de la AFP, así como a cubrir al demandante frente a los riesgos de invalidez y muerte. Refirió que al ordenarse la devolución de rendimientos se genera un enriquecimiento sin causa en cabeza de Colpensiones.

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

De conformidad con el artículo 69 del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social, al ser la sentencia de primera instancia adversa a Colpensiones entidad de la cual es garante la Nación, también es procedente abordar su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

V. CONSIDERACIONES

Corresponde a esta Sala definir si es procedente declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual efectuado por el actor.

Para resolver, es menester recordar que el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 114 *ibidem* permite al afiliado la selección libre y voluntaria del régimen pensional; por su parte, el artículo 271 del mismo estatuto, señala las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, y ordena dejar sin efecto dicho acto, y realizar uno nuevo sin presiones.

El Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen del demandante, previó en el numeral 1 del artículo 97, la obligación de las entidades de seguridad social de suministrar a los usuarios la información necesaria, clara, veraz y objetiva para que se elijan las mejores opciones del mercado. Así lo aleccionó la Sala de Casación Laboral en la sentencia, CSJ SL1688 de 2019, por citar solo un ejemplo.

Por su parte, el artículo 4 del Decreto 656 de 1994, estipula que *“las administradoras son instituciones de carácter provisional y, como tales, se encuentran obligadas a prestar en forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a dicha calidad. Por lo tanto, serán responsables de los perjuicios que por su culpa leve se puedan ocasionar a los afiliados.”*

De la misma manera, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 previó que *“los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.”*

La Sala de Casación Laboral, en proveído CSJ SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia CSJ SL 1688-2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde aquella institución. De otra parte, en las decisiones CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL19447-2017 y CSJ SL1421-2019, la misma Corporación indicó que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringe *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* la que no se configura con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues se requiere contar con elementos de juicio suficientes para entender las consecuencias de la decisión. Además, que la firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020, STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021; CSJ SL 150-2022).

Ese deber de información, según las reglas jurisprudenciales descritas, de acuerdo con la época en que se efectúa el traslado, incluye la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que conlleva dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales. Además, el análisis calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo. Incluso, a partir de Ley 1748 de 2014 y del Decreto 2071 de 2015, el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Igualmente, señaló el máximo Órgano de cierre de esta jurisdicción que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición, o si tiene o no una expectativa legítima, dado que en todos los casos debe cumplirse con el deber de orientación como requisito

sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ STL3202-2020, CSJ STL3201-2020, CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021. Útil es recordar que en sentencia CSJ SL 689-2019, se indicó que tratándose de asuntos como el que ocupa la atención de la Sala, se invierte la carga de la prueba, y debe entonces la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional

VI. CASO CONCRETO

Según el reporte de semanas cotizadas allegado por Colpensiones el actor se afilió al ISS el 1 de febrero de 1978. Migró al RAIS, administrado por Colmena el 1 de febrero de 1995, con la suscripción de formulario de afiliación (expediente digital, carpeta 01 fl. 101), en el que se puede leer:

HAGO CONSTAR QUE LA SELECCIÓN DEL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD LA HE EFECTUADO EN FORMA LIBRE, ESPONTÁNEA Y SIN PRESIONES. MANIFIESTO QUE HA ELEGIDO A CESANTÍAS Y PENSIONES COLMENA PARA QUE ADMINISTRE MIS APORTES PENSIONALES Y QUE LOS DATOS PROPORCIONADOS EN ESTA SOLICITUD SON VERDADEROS.

Posteriormente, se trasladó a ING el 1 de abril de 2000 y a Protección el 31 de diciembre de 2012 (expediente digital fl. 125).

Al absolver interrogatorio de parte, el demandante manifestó que para la época del traslado era estudiante universitario, a su lugar de trabajo llegó un asesor del fondo privado que le ofreció una mesada pensional superior. Admitió que leyó el formulario, suministró la información consignada y lo suscribió libre de presiones. Aceptó que recibe extractos sabe que contienen la información de las semanas cotizadas y el saldo en la cuenta individual. Refirió que no se acercó al fondo convencido que el ofrecimiento de una pensión mayor se materializaría y le sorprendió cuando le informaron que pese a contar con más de 1600 semanas cotizadas y una base de cotización superior a los 4 salarios mínimos solamente le reconocerían un salario mínimo como pensión. Confesó que desea retornar al régimen de prima media para obtener una mesada digna.

De cara a los medios de prueba mencionados, para esta Sala la AFP Colmena, hoy Protección S.A, incumplió el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, (aplicable en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues no demostró en los términos señalados por la Sala de Casación Laboral, haber brindado al demandante, al momento de la afiliación, una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiera al afiliado conocer los efectos del traslado, acorde a su situación personal.

Cumple reiterar que la suscripción del formulario de afiliación no es suficiente para acreditar el deber de información que le asiste al fondo privado, dado que este a lo sumo acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (CSJ STL3202-2020; CSJ STL3201-2020; CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021).

De otra parte, la teoría de los actos de relacionamiento materializados con la permanencia en el RAIS y las cotizaciones realizadas no aplica en los asuntos de ineficacia de traslado por resultar posteriores al acto jurídico inicial, tampoco la inobservancia de los deberes del afiliado como consumidor financiero. (CJS SL 5686-2021).

En consecuencia, resulta evidente que la susodicha AFP faltó a su deber de información, en las condiciones fijadas por la jurisprudencia, lo que conlleva la ineficacia del acto jurídico de traslado, el que tampoco puede entenderse validado por el traslado entre administradoras, como reiteradamente lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia (CSJ SL 4360-2019)

La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha adoctrinado que en tratándose de afiliados, los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga

las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos debieron ingresar a RPM. Criterio que igualmente, es aplicable frente al porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.

Por tanto, la AFP Protección S.A. a la que se encuentra actualmente afiliado, deberá devolver a Colpensiones el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto con los rendimientos, bonos pensionales y porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, a que haya lugar, los valores utilizados en seguros previsionales, con cargo a sus propias utilidades (CSJ SJ SL2209-2021, CSJ SL2207-2021 y CSJ SL5686-2021), así como los gastos de administración y las comisiones (CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020, CSJ SL373-2021, CSJ SL5686-2021). Por tanto, la sentencia será modificada en esta parte. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL2877-2020).

Conforme a los rubros que se ordena trasladar se protege la sostenibilidad del sistema, dado que los aportes efectuados por el afiliado durante su vida productiva, con los cuales se edifica el financiamiento de la pensión, según los principios que inspiran el sistema de seguridad social, retornarán a RPM en su integridad, debidamente indexados, junto con los rendimientos y de ser necesario, con cargo a los recursos propios de cada AFP. De cualquier manera, Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar de asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensión y así se indicará en la parte resolutive de esta providencia.

Impone señalar que la acción de ineficacia es imprescriptible, en tanto, los hechos o estados jurídicos no están sujetos a dicha figura, por

tanto, puede solicitarse en cualquier tiempo, en la medida en que esta declaración tiene como objetivo comprobar o constatar un estado de cosas, la carencia de efectos jurídicos del acto desde su nacimiento, surgido con anterioridad al inicio del proceso, como lo ha puntualizado el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en las sentencias CSJ SL 1421-2019 CSJ SL373-2021 entre otras.

No se causan costas en este grado jurisdiccional, ni en la instancia ante su no causación.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia proferida el 19 de agosto de 2021, por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., que quedará del siguiente tenor: condenar a la AFP Protección S.A. a trasladar a Colpensiones debidamente actualizado el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto con los rendimientos, los bonos pensionales, así como los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima a que haya lugar; los gastos de administración, comisiones, y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia en el sentido de declarar que Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar de asumir la obligación

pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensión.

TERCERO: CONFIRMAR en los demás la sentencia del *a quo*.

Sin COSTAS en la consulta ni en la apelación ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,


LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO
Magistrado


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada
Aclaro voto



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

LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 036 2019 00505 01
DEMANDANTE: VILMA INÉS DUQUE DUQUE
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA
DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS
PORVENIR S.A.

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

SENTENCIA

La Sala decide los recursos de apelación interpuestos por las demandadas AFP Porvenir S.A. y Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 12 de octubre de 2021. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

La accionante pretendió que se declare «nulo» el traslado y afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) a través de la AFP Colpatria, hoy Porvenir S.A. y que la afiliación a Colpensiones se mantuvo vigente, sin solución de continuidad. En consecuencia, condenar a la AFP a trasladar a Colpensiones la totalidad de los aportes de la cuenta individual, los rendimientos e intereses y bonos pensionales, sin realizar ningún descuento por concepto de administración. Así mismo, a pagar los perjuicios morales de conformidad con lo establecido en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998. A la última a activar la afiliación, aceptar y recibir el traslado de los aportes. A las demandadas a reconocer los derechos a que

haya lugar en virtud de las facultades *ultra* y *extra petita*, más las costas del proceso. Subsidiariamente, pretende se declare la ineficacia de los efectos del traslado del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) a través de la AFP Colpatria, hoy Porvenir S.A. realizado el 1 de mayo de 1997.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 31 de mayo de 1955, es beneficiaria del régimen de transición, toda vez que, al 1 de abril de 1994 contaba más de 35 años de edad. Se afilió al Instituto de Seguros Sociales el 1 de marzo de 1978, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) a través de la AFP Porvenir S.A. en mayo de 1997. Adujo que los representantes de la AFP no la asesoraron de manera transparente, completa, clara, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y cierta, respecto a las características de cada régimen, sus diferencias, ventajas y desventajas y en general las implicaciones sobre su futuro pensional de acuerdo a sus características personales. Indicó que cuenta 1250 semanas cotizadas y tiene pendiente el pago de un cálculo actuarial por más de 500 semanas por su actual empleador. Refirió que las demandadas le negaron la solicitud de traslado (expediente digital, carpeta 01 fls. 1 a 40).

La AFP Porvenir S.A. se opuso al éxito de las aspiraciones. Aceptó el natalicio de la actora, la afiliación a esta AFP, la solicitud de traslado y la respuesta negativa. Manifestó que no son ciertos o no le constan los restantes hechos. Propuso las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. Expuso que la afiliación al RAIS es la manifestación de un acto libre del demandante que se materializó con la suscripción del formulario, adelantado según la normativa vigente para la época que se ratificó con la permanencia por un largo periodo, pese a que le fue garantizado el derecho de retracto (expediente digital, archivo 01 fls. 174 a 202).

Colpensiones se opuso a la prosperidad de las súplicas. Admitió la data de nacimiento de la demandante, la calidad de beneficiaria del

régimen de transición, la afiliación al Instituto de Seguros Sociales y a Porvenir, la reclamación administrativa y su respuesta. Manifestó que los restantes hechos no le constan. Formuló las excepciones de prescripción, falta de causa para pedir o inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, inoponibilidad por ser tercero de buena fe, prescripción de las obligaciones de tracto sucesivo, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, buena fe, presunción de legalidad de los actos jurídicos, *«inobservancia del principio constitucional desarrollado en el artículo 48 de la constitución política, adicionado por el acto legislativo 01 de 2005»* y las demás declarables oficiosamente. En su defensa, argumentó que la demandante al trasladarse ejerció el derecho de libre escogencia de régimen pensional, por tanto debe demostrar la configuración de algún vicio del consentimiento o la falta al deber de información, pues su retorno a RPM no es posible como quiera que está incurso en una prohibición legal (expediente digital, carpeta 01 fls. 230 a 247, subsanación carpeta 03).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 12 de octubre de 2021 (expediente digital), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado efectuado por la señora Vilma Inés Duque Duque del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad que se hizo efectivo el 1 de mayo de 1997 a través de la AFP Porvenir.

SEGUNDO: ORDENAR a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir a trasladar a Colpensiones los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante que incluyan cotizaciones y rendimientos, sin que sea posible descontar suma alguna por gastos de administración o cualquier otra.

TERCERO: ORDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a recibir e imputar, una vez recibidos los aportes a la historia laboral de la demandante la señora Vilma Inés Duque Duque.

CUARTO: DECLARAR no probada la excepción de prescripción, conforme a lo enunciado en la parte motiva de esta providencia.

SEXTO: CONDENAR en costas a la AFP Porvenir S.A., líquidese con la suma de \$900.000 por concepto de agencias en derecho.

SÉPTIMO: consúltese con el superior la presente sentencia a favor de Colpensiones conforme a lo regulado en el artículo 69 del código del procedimiento del trabajo y la seguridad social.

Como sustento de su decisión, señaló que para la época del traslado los fondos tenían la obligación de brindar información completa, comprensible y cierta acerca de las características, condiciones, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes y al no ser demostrada esta circunstancia por parte de la AFP es procedente declarar la ineficacia del traslado.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes, las demandadas apelaron lo resuelto.

Colpensiones imploró revocar la sentencia bajo el argumento de que el traslado es válido, pues la demandante consintió expresamente con la firma del formulario vincularse al RAIS, régimen en el que cotiza hace 30 años sin manifestar inconformidad alguna con lo cual faltó a su deber como consumidor financiero y actuó de manera negligente frente a su futuro pensional, por ello no puede permitirse el retorno a prima media en este momento porque se encuentra incurso en una prohibición legal en razón de la edad, la que no es superable pues, la actora no es beneficiaria del régimen de transición. Refirió que la AFP demostró que suministró al momento del traslado información conforme lo ordenaba la ley para la época y no es posible exigirle acreditar requisitos incorporados con posterioridad en el ordenamiento jurídico. Señaló que la sentencia atenta contra el principio de la sostenibilidad financiera, pues la entidad, que no intervino en el acto de cambio, deberá asumir la prestación de una persona que no contribuyó al fondo común y cuyos recursos no resultan suficientes para tal fin.

La AFP Porvenir S.A. aspira se revoque la sentencia porque logró demostrar que el traslado se dio en los términos previstos en el ordenamiento jurídico para la época. Sostuvo que la declaración de parte

demuestra que la demandada recibió información y que suscribió de manera libre y voluntaria el formulario de afiliación, único documento exigido para la eficacia del acto jurídico. Respecto a la devolución de primas de seguros previsionales y gastos de administración, señaló que estas sumas no hacen parte de la cuenta de ahorro individual, no están destinadas a financiar la pensión de vejez, sino del sistema general de pensiones, su objetivo es compensar la gestión de la AFP y mantener cubierto al afiliado para los riesgos de invalidez y muerte, mediante el pago a terceros que no fueron vinculados al proceso. Refirió que Colpensiones se beneficiará de los rendimientos generados en la cuenta individual y de los gastos de administración en un periodo en que no fue garante de los aportes de la accionante. También rechazó la condena en costas.

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

De conformidad con el artículo 69 del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social, al ser la sentencia de primera instancia adversa a Colpensiones entidad de la cual es garante la Nación, también es procedente abordar su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

V. CONSIDERACIONES

Corresponde a esta Sala definir si es procedente declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual efectuado por la actora.

Para resolver, es menester recordar que el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 114 *ibidem* permite al afiliado la selección libre y voluntaria del régimen pensional; por su parte, el artículo 271 del mismo estatuto, señala las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, y ordena dejar sin efecto dicho acto, y realizar uno nuevo sin presiones.

El Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen

del demandante, previó en el numeral 1 del artículo 97, la obligación de las entidades de seguridad social de suministrar a los usuarios la información necesaria, clara, veraz y objetiva para que se elijan las mejores opciones del mercado. Así lo aleccionó la Sala de Casación Laboral en la sentencia, CSJ SL1688 de 2019, por citar solo un ejemplo.

Por su parte, el artículo 4 del Decreto 656 de 1994, estipula que *“las administradoras son instituciones de carácter provisional y, como tales, se encuentran obligadas a prestar en forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a dicha calidad. Por lo tanto, serán responsables de los perjuicios que por su culpa leve se puedan ocasionar a los afiliados.”*

De la misma manera, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 previó que *“los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.”*

La Sala de Casación Laboral, en proveído CSJ SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia CSJ SL 1688-2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde aquella institución. De otra parte, en las decisiones CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL19447-2017 y CSJ SL1421-2019, la misma Corporación indicó que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringe *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* la que no se configura con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues se requiere contar con elementos de juicio suficientes para entender las consecuencias de la decisión. Además, que la firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios,

pero no informado (STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020, STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021; CSJ SL 150-2022).

Ese deber de información, según las reglas jurisprudenciales descritas, de acuerdo con la época en que se efectúa el traslado, incluye la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que conlleva dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales. Además, el análisis calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo. Incluso, a partir de Ley 1748 de 2014 y del Decreto 2071 de 2015, el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Igualmente, señaló el máximo Órgano de cierre de esta jurisdicción que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición, o si tiene o no una expectativa legítima, dado que en todos los casos debe cumplirse con el deber de orientación como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ STL3202-2020, CSJ STL3201-2020, CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021. Útil es recordar que en sentencia CSJ SL 689-2019, se indicó que tratándose de asuntos como el que ocupa la atención de la Sala, se invierte la carga de la prueba, y debe entonces la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional.

VI. CASO CONCRETO

Se encuentra evidenciado con la copia de la cedula de ciudadanía que la promotora del juicio nació el 31 de mayo 1955, por lo que al 1 de abril de 1994 contaba con 38 años. Así las cosas, la actora es beneficiaria

del régimen de transición en razón a la edad (expediente digital, carpeta 01 fl. 43).

Según el reporte de semanas cotizadas a la promotora del juicio se afilió al ISS el 1 de marzo de 1978 (expediente digital, carpeta 01 fl. 254 y expediente administrativo), migró al RAIS, administrado por Colpatria S.A. el 31 de marzo 1997, con la suscripción de formulario de afiliación (expediente digital, carpeta 01 fl. 223), en el que se puede leer:

HAGO CONSTAR QUE LA SELECCIÓN DEL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD LO HE EFECTUADO EN FORMA LIBRE, ESPONTÁNEA Y SIN PRESIONES. MANIFIESTO QUE HE ELEGIDO AL FONDO DE PENSIONES COLPATRIA PARA QUE ADMINISTRE MIS APORTES PENSIONALES Y SOLICITE EL TRASLADO DE LOS VALORES QUE TENGA DERECHO DE LA ANTERIOR ENTIDAD ADMINISTRADORA. ASÍ MISMO DECLARO QUE LOS DATOS PROPORCIONADOS EN ESTA SOLICITUD SON VERDADEROS.

Posteriormente cambio a la AFP Horizonte el 29 de septiembre de 2000 y a partir del 1 de enero de 2014, en adelante a la AFP Porvenir S.A. (expediente digital, carpeta 01 fl. 204).

Al absolver interrogatorio de parte la demandante señaló que (14:10) es profesional en administración hotelera y estar vinculada laboralmente desde hace 36 años en «*Nicolás Manrique Construcción S.A.*». Indicó que al momento del traslado a su lugar de trabajo llegaron representantes de Colpatria, amigos de su jefe, quienes adelantaron una reunión en la que expusieron que el Instituto de Seguros Sociales iba a terminar y que por ello debía cambiarse al fondo en donde podría pensionarse más rápido. Manifestó que no realizó preguntas a los asesores, fueron ellos quienes diligenciaron el formulario y luego de leerlo lo suscribió voluntariamente. Expuso que en el año 2013, intentó retornar a Colpensiones. Admitió que le interesa retornar a RPM porque Porvenir le ofrece como pensión un salario mínimo.

De cara a los medios de prueba mencionados, para esta Sala la AFP Colpatria hoy Porvenir S.A, incumplió el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, (aplicable en virtud del artículo 145

del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues no demostró en los términos señalados por la Sala de Casación Laboral, haber brindado a la demandante, al momento de la afiliación, una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiera al afiliado conocer los efectos del traslado, acorde a su situación personal.

Cumple reiterar que la suscripción del formulario de afiliación no es suficiente para acreditar el deber de información que le asiste al fondo privado, dado que este, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (CSJ STL3202-2020; CSJ STL3201-2020; CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021).

En el mismo sentido, la teoría de los actos de relacionamiento materializados con la permanencia en el RAIS y las cotizaciones realizadas no aplica en los asuntos de ineficacia de traslado por resultar posteriores al acto jurídico inicial, tampoco la inobservancia de los deberes del afiliado como consumidor financiero.

En consecuencia, resulta evidente que Porvenir S.A. faltó a su deber en las condiciones fijadas por la jurisprudencia lo que conlleva la ineficacia del acto jurídico de traslado.

Importa reiterar que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha adoctrinado que en tratándose de afiliados, los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos debieron ingresar a RPM. Criterio que igualmente, es aplicable frente al porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.

Por tanto, la susodicha AFP deberá devolver a Colpensiones el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con los rendimientos, bonos pensionales y porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, a que haya lugar, los valores utilizados en seguros previsionales, con cargo a sus propias utilidades (CSJ SJ SL2209-2021, CSJ SL2207-2021 y CSJ SL5686-2021), así como los gastos de administración y las comisiones (CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020, CSJ SL373-2021, CSJ SL5686-2021). Por tanto, la sentencia será modificada en esta parte. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL2877-2020).

Conforme a los rubros que se ordena trasladar se protege la sostenibilidad del sistema, dado que los aportes efectuados por el afiliado durante su vida productiva, con los cuales se edifica el financiamiento de la pensión, según los principios que inspiran el sistema de seguridad social, retornarán a RPM en su integridad, debidamente indexados, junto con los rendimientos y de ser necesario, con cargo a los recursos propios de cada AFP. De cualquier manera, Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar de asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensión y así se indicará en la parte resolutive de esta providencia.

Impone señalar que la acción de ineficacia es imprescriptible, en tanto, los hechos o estados jurídicos no están sujetos a dicha figura, por tanto, puede solicitarse en cualquier tiempo, en la medida en que esta declaración tiene como objetivo comprobar o constatar un estado de cosas, la carencia de efectos jurídicos del acto desde su nacimiento, surgido con anterioridad al inicio del proceso, como lo ha puntualizado el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en las sentencias CSJ SL 1421-2019 CSJ SL373-2021 entre otras.

Estima la Sala que no hay lugar a absolver a Porvenir de pagar costas del proceso toda vez que el artículo 365 del Código General del Proceso dispone que se condenará a la parte vencida o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación o revisión que haya propuesto y, en el presente asunto, la administradora resultaron derrotada, pues además de declararse la ineficacia del traslado, se dispuso el traslado de recursos. En consecuencia, la sentencia se mantendrá en cuanto ordenó a Porvenir a pagar las costas del proceso.

No se causan costas en este grado jurisdiccional, ni en la instancia ante su no causación.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 12 de octubre de 2021, que quedará del siguiente tenor: condenar a la AFP Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones debidamente actualizado el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con los rendimientos, los bonos pensionales, así como los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima a que haya lugar; los gastos de administración, comisiones, y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

SEGUNDO: DECLARAR que Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar de asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensión y así se indicará en la parte resolutive de esta providencia.

TERCERO: CONFIRMAR en los demás la sentencia del *a quo*.

Sin COSTAS en la consulta ni en la apelación ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO
Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada
Aclaro voto



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

LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 038 2020 00077 01
DEMANDANTE: MARÍA AURORA ALFONSO CARVAJAL
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, Y COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.

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

SENTENCIA

La Sala decide los recursos interpuestos por las demandadas AFP Colfondos S.A. y Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 15 de julio de 2021. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

Este proceso ha pasado a la suscrita Magistrada por ponencia no aceptada por la mayoría, en consideración a que el proyecto inicial carecía de armonía y concordancia entre las valoraciones probatorias y las disertaciones jurídicas de la parte considerativa, y la decisión plasmada en la parte resolutive. Ello, como quiera que si bien, se confirmaba la sentencia de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado, la única motivación del proveído era que la Sala de Casación Laboral y Penal por vía de tutela ha dejado sin efectos algunas decisiones proferidas por este Tribunal que se apartaban del precedente sentado sobre la materia. Empero la argumentación legal y el análisis probatorio estaba dirigido a sustentar los motivos por los cuales se consideraba que no debía declararse ineficaz el acto jurídico del traslado (art. 280 del CGP).

En consecuencia, se consideró que una decisión en ese sentido podría quebrantamiento de las garantías fundamentales al debido proceso, a la defensa y al acceso a la administración de justicia (art. 29 y 228 y 229 Constitución Política), por carecer de *“congruencia interna”* que, según la Sala de Casación Laboral *“(…) exige armonía y concordancia entre las conclusiones judiciales derivadas de las valoraciones fácticas, probatorias y jurídicas implícitas en la parte considerativa, con la decisión plasmada en la parte resolutive. Por tanto, el fallo conforma un todo inescindible, un acto complejo, una unidad temática, entre la parte motiva y la resolutive”* (CSJ SL 2808-2018, reiterada en SL 440-2021).

Según la Corte Constitucional, la obligación de motivar las decisiones judiciales exige un esfuerzo argumentativo con *“miras a justificar su decisión y, por lo tanto, a convencer a las partes, a los demás jueces y al público en general, de que su resolución es la correcta”*. (CC-145-1998). Así mismo, el deber de motivación, además de ser una fuente de legitimación de la actividad judicial en un estado democrático, constituye un mecanismo que le permite al ciudadano conocer las razones de una decisión, para poder controvertirla y ejercer su derecho de defensa.

La misma Corporación ha puntualizado que:

Desde el punto de vista del operador judicial, la motivación consiste en un ejercicio argumentativo por medio del cual el juez establece la interpretación de las disposiciones normativas, de una parte, y determina cómo, a partir de los elementos de convicción aportados al proceso y la hipótesis de hecho que se construye con base en esos elementos, es posible subsumir el caso concreto en el supuesto de hecho de una regla jurídica aplicable al caso. En el estado constitucional de derecho, la motivación adquiere mayor importancia. (CC T-214- 2012).

I. ANTECEDENTES

La accionante pretende que se declare la ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) a través de la AFP Colfondos S.A. realizado 1 de octubre 1995. En consecuencia, se ordene al fondo a

trasladar a Colpensiones la totalidad de lo ahorrado en la cuenta individual, bono pensional, rendimientos y demás sumas de dinero recaudadas desde el 1 de septiembre de 1979. Se ordene a Colpensiones aceptar el traslado, recibir los aportes realizados y registrarla sin solución de continuidad como su afiliada. Se disponga a las demandadas reconocer los derechos a que haya lugar en virtud de las facultades *ultra y extra petita*, y las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 10 de julio de 1960, cotizó a Cajanal desde el 1 de septiembre de 1979, como empleada de la Rama Judicial. El 1 de octubre de 1995, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) a través de la AFP Colfondos S.A. Adujo que los representantes de la AFP le informaron que Cajanal había sido liquidado y que debía continuar cotizando a través del fondo privado, por ello diligenció el formulario correspondiente y los suscribió, pero no recibió información sobre las características de cada régimen, sus ventajas y desventajas y las implicaciones en su futuro pensional conforme a sus circunstancias particulares. Expuso que el 1 de abril de 2009, solicitó el traslado al ISS, situación que informó a Colfondos y a su empleador este que reporta en su desprendible de nómina «*aporte pensión I.S.S. Pensiones*». La AFP no volvió a remitirle ningún tipo de información o extracto. En mayo de 2013, se acercó a Colpensiones a verificar su situación pensional, pero le informaron que permanecía vinculada a la AFP y que no era beneficiaria del régimen de transición. El fondo privado realizó simulación según la cual la mesada allí sería el 30% de su base de cotización. A la fecha cuenta más de 2052 semanas cotizadas. Finalmente, que Colpensiones negó la solicitud de traslado, por lo que elevó acción de tutela, la cual también fue negada (expediente digital, archivo 01 fl. 3 a 29, subsanación expediente 02).

Colpensiones se opuso a la prosperidad de las súplicas. Admitió la data de nacimiento de la actora, que cotizó para Cajanal, la solicitud con su respuesta y la acción de tutela con su respuesta. Formuló las excepciones de inexistencia del derecho y de la obligación, excepción error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción,

imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas y las demás declarables oficiosamente. En su defensa, argumentó que la demandante al trasladarse ejerció el derecho de libre escogencia de régimen pensional, por tanto, debe demostrar la configuración de algún vicio del consentimiento o la falta al deber de información, pues su retorno no es posible como quiera que está incurso en una prohibición legal, además realizó actos de relacionamiento en el RAIS con los cuales ratificó la voluntad de cambio (expediente digital, carpeta 05 fl. 4 a 15).

La AFP Colfondos S.A rechazó el éxito de las peticiones. Aceptó que la demandante le comunicó el trámite de traslado a Colpensiones, que no volvió a generar información o estado de cuenta a la actora, la vinculación laboral. Manifestó no ser ciertos o no constarle los demás hechos. Propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, no existe prueba causal de nulidad alguna, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, buena fe, compensación y pago, saneamiento de cualquier presunta nulidad de la afiliación, ausencia de vicios del consentimiento, obligación a cargo exclusivamente de un tercero, nadie puede ir en contra de sus propios actos y las demás declarables de oficio. Sostuvo que cumplió con las formalidades legales establecidas para la época de la afiliación, incluido el deber de información a través de asesores debidamente capacitados, la accionante se vinculó con la suscripción del formulario de vinculación y no ejerció el derecho de retracto (expediente digital, carpeta 07, fl. 1 a 21)

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Segundo Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 15 de julio de 2021 (expediente digital), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del acto de traslado de la señora María Aurora Alfonso Carvajal, del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, realizado a través de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Colfondos S.A., el día 15 de septiembre de 1995, con fecha de efectividad del 1º de octubre del mismo año y, consecuentemente, que las cosas se deben retrotraer al estado anterior al acto declarado ineficaz con los efectos jurídicos y económicos que comporten.

SEGUNDO: CONDENAR a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Colfondos S.A., devolver la totalidad de los valores recibidos de los empleadores de la señora María Aurora Alfonso Carvajal, por concepto de aportes, frutos, rendimientos financieros, bonos pensionales que se encuentren o no en la cuenta de ahorro individual, que llegaron a esos fondos en los períodos en que estuvo afiliada, sin descontar valor alguno por cuotas de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión mínima.

TERCERO: ORDENAR a la Administradora de Fondos de Pensiones del régimen de ahorro individual Colfondos S.A., que proceda a trasladar a COLPENSIONES de manera inmediata, la totalidad de los dineros que a título de aportes fueron pagados por María Aurora Alfonso Carvajal y sus empleadores, junto con los rendimientos financieros que hubiesen producido, el bono pensional y demás integrantes de su cuenta de ahorro individual, sin descontar suma alguna por concepto de cuotas de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de pensión mínima del RAIS, o cualquier otra causa, durante todo el tiempo que la accionante permaneció en el RAIS, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: ORDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones que proceda a reactivar de manera inmediata la afiliación de María Aurora Alfonso Carvajal al régimen de prima media con prestación definida por ella administrado, sin solución de continuidad y a reconstruir su historia laboral, con la totalidad de las semanas de cotización acreditadas desde la fecha inicial de su afiliación.

QUINTO: ABSOLVER en lo demás.

SEXTO: DECLARAR no probadas las excepciones de prescripción, así como las demás propuestas por Colfondos S.A. y Colpensiones, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa.

SÉPTIMO: CONCEDER el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, de conformidad con lo señalado en el inciso tercero del artículo 69 del C.P.T y de la S.S.

OCTAVO: Costas de la instancia como se dijo en la parte motiva de esta sentencia.

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP no demostró haber suministrado a la accionante información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, riesgos, diferencias y consecuencias del traslado de régimen, por lo que procede declarar la ineficacia solicitada.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes, las demandadas apelaron lo resuelto.

Colpensiones reclama revocar la sentencia bajo el argumento que logró demostrar que prestó asesoría a la demandante en los términos previstos en la ley para la época del traslado, esto es con la suscripción del formulario de vinculación. Sostuvo que la actora está inmersa en una prohibición legal de retornar a RPM, en razón a la edad.

Por su parte, Colfondos S.A. imploró revocar la decisión en cuanto le ordenó trasladar gastos de administración, teniendo en cuenta que ha obrado de buena fe y sus actuaciones han estado ceñidas a la ley, que la facultó para descontar dichas sumas, estas que compensaron la actuación AFP que generó rendimientos en la cuenta individual, lo que también se ordena trasladar y con ello se generaría un enriquecimiento sin causa en favor de Colpensiones, pues no respetaría la teoría de las restituciones mutuas. Expuso que con el pago de seguros mantuvo cubierta a la demandante frente a los riesgos de invalidez y muerte.

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

De conformidad con el artículo 69 del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social, al ser la sentencia de primera instancia adversa a Colpensiones entidad de la cual es garante la Nación, también es procedente abordar su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

V. CONSIDERACIONES

Corresponde en esta Sala definir si es procedente declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual efectuado por el actor.

Para resolver, es menester recordar que el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 114 *ibidem* permite al afiliado la selección libre y voluntaria del régimen pensional; por su parte, el artículo 271 del mismo estatuto, señala las sanciones pecuniarias para

quienes coarten la libertad de afiliación o selección, y ordena dejar sin efecto dicho acto, y realizar uno nuevo sin presiones.

El Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen del demandante, previó en el numeral 1 del artículo 97, la obligación de las entidades de seguridad social de suministrar a los usuarios la información necesaria, clara, veraz y objetiva para que se elijan las mejores opciones del mercado. Así lo aleccionó la Sala de Casación Laboral en la sentencia, CSJ SL1688 de 2019, por citar solo un ejemplo.

Por su parte, el artículo 4 del Decreto 656 de 1994, estipula que *“las administradoras son instituciones de carácter provisional y, como tales, se encuentran obligadas a prestar en forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a dicha calidad. Por lo tanto, serán responsables de los perjuicios que por su culpa leve se puedan ocasionar a los afiliados.”*

De la misma manera, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 previó que *“los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.”*

La Sala de Casación Laboral, en proveído CSJ SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia CSJ SL 1688-2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde aquella institución. De otra parte, en las decisiones CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL19447-2017 y CSJ SL1421-2019, la misma Corporación indicó que el libre albedrio exigido por el sistema de seguridad social, no se restringe *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* la que no se configura

con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues se requiere contar con elementos de juicio suficientes para entender las consecuencias de la decisión. Además, que la firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020, STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021; CSJ SL 150-2022).

Ese deber de información, según las reglas jurisprudenciales descritas, de acuerdo con la época en que se efectúa el traslado, incluye la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que conlleva dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales. Además, el análisis calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo. Incluso, a partir de Ley 1748 de 2014 y del Decreto 2071 de 2015, el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Igualmente, señaló el máximo Órgano de cierre de esta jurisdicción que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición, o si tiene o no una expectativa legítima, dado que en todos los casos debe cumplirse con el deber de orientación como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ STL3202-2020, CSJ STL3201-2020, CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021. Útil es recordar que en sentencia CSJ SL 689-2019, se indicó que tratándose de asuntos como el que ocupa la atención de la Sala, se invierte la carga de la prueba, y debe entonces la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional.

VI. CASO CONCRETO

Según el certificado de información laboral n.º 3029, expedido por la Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial Bogotá – Cundinamarca realizó cotizaciones en favor del demandante a Cajanal desde el 9 julio 1979 (expediente digital, archivo 01 fl. 65), migró al RAIS, administrado por Colfondos el 15 de septiembre de 1995, según formulario de vinculación (expediente digital, archivo 01 fl. 77), en el que se puede leer:

HAGO CONSTAR QUE LA SELECCIÓN DEL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD LA HE EFECTUADO EN FORMA LIBRE ESPONTÁNEA Y SIN PRESIONES. MANIFIESTO QUE HE ELEGIDO A LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y DE CESANTÍAS S.A. COLFONDOS PARA QUE ADMINISTRE LOS APORTES PENSIONALES Y QUE LOS DATOS PROPORCIONADOS EN ESTA SOLICITUD SON VERDADEROS.

Al absolver el interrogatorio de parte, la demandante señaló que desde el 1 de mayo de 1985, es secretaria del Juzgado Promiscuo Municipal de Anapoima. Manifestó que para la época del traslado cotizaba a Cajanal, le llegó una circular informando que esta entidad sería liquidada, por el mismo tiempo, los asesores del fondo privado llegaron al Juzgado en el que laboraba, le ofrecieron trasladarse porque «*sería mucho mejor*». Adujo que en abril de 2009 tramitó una afiliación con Colpensiones, la entidad no le contestó, pero desde nómina empezaron a cotizar a esa entidad y como no le volvieron a llegar extractos de la AFP concluyó que el traslado se había materializado. Adujo que no sabe cuáles son las características para pensionarse en uno u otro régimen.

A solicitud de la parte demandante fueron decretados los testimonios de Clara Inés Cajamarca Salazar, Luis Alberto Penagos Lombana y la María Ninfa Vanegas Yañez, este último que no se practicó porque la deponente no se hizo presente.

La testigo Clara Inés Cajamarca Salazar, aseguró ser escribiente en el Juzgado de Anapoima en donde es compañera de la demandante desde

hace más de 35 años. Refirió que estuvo presente cuando la demandante se trasladó a Colfondos pero no recuerda la información que le proporcionaron a la actora, simplemente recuerda que asesores de distintos fondos visitaron su lugar de trabajo y cada uno «*alababa*» su *entidad*.

El deponente Luis Alberto Penagos Lombana adujo que es secretario del Juzgado Promiscuo de Tocaima desde hace 32 años, conoce a la demandante por ser vecinos, no presenció el momento en que la accionante suscribió el formulario de afiliación.

De cara a los medios de prueba mencionados, para esta Sala la AFP Colfondos S.A, incumplió el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, (aplicable en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues no demostró en los términos señalados por la Sala de Casación Laboral, haber brindado al demandante, al momento de la afiliación, una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiera a la afiliada conocer los efectos del traslado, acorde a su situación personal.

Cumple reiterar que la suscripción del formulario de afiliación no es suficiente para acreditar el deber de información que le asiste al fondo privado, dado que este, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (CSJ STL3202-2020; CSJ STL3201-2020; CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021).

En consecuencia, resulta evidente que dicho fondo faltó a su deber de información, en las condiciones fijadas por la jurisprudencia, lo que conlleva la ineficacia del acto jurídico de traslado.

La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha adoctrinado que en tratándose de afiliados, los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los

rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos debieron ingresar a RPM, criterio que igualmente es aplicable frente al porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima (CSJ SL2209-2021).

Por tanto, Colfondos deberá trasladar a Colpensiones el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la demandante, los rendimientos, bonos pensionales y porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, a que haya lugar, los valores utilizados en seguros previsionales, con cargo a sus propias utilidades (CSJ SJ SL2209-2021, CSJ SL2207-2021 y CSJ SL5686-2021), así como los gastos de administración y las comisiones (CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020, CSJ SL373-2021, CSJ SL5686-2021). Por tanto, la sentencia se modificará en esta parte. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL2877-2020).

Impone señalar que la acción de ineficacia es imprescriptible, en tanto, los hechos o estados jurídicos no están sujetos a dicha figura, por tanto, puede solicitarse en cualquier tiempo, en la medida en que esta declaración tiene como objetivo comprobar o constatar un estado de cosas, la carencia de efectos jurídicos del acto desde su nacimiento, surgido con anterioridad al inicio del proceso, como lo ha puntualizado el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en las sentencias CSJ SL 1421-2019 CSJ SL373-2021 entre otras.

Importa señalar que la Ley 100 de 1993 en su artículo 52 asignó al Instituto de Seguros Sociales, la competencia general para la administración del régimen de prima media con prestación definida (RPM) y prohibió la creación de nuevas cajas, fondos o entidades de previsión o

de seguridad social nacional y territorial. Así mismo, autorizó a las cajas, fondos o entidades de seguridad social del sector público, para continuar administrando dicho régimen respecto de sus afiliados y mientras subsistieran sin perjuicio de que sus afiliados se acogieran a alguno de los regímenes regulados en la misma ley.

Por su parte, el Decreto 2196 del 12 de junio de 2009 ordenó la supresión y liquidación de la Caja Nacional de Previsión Social Cajanal EICE y el artículo 4 de esta preceptiva dispuso el traslado de sus afiliados al Instituto de Seguros Sociales, dentro del mes siguiente a su vigencia. En tal virtud, aunque la demandante antes de cambiarse al régimen de ahorro individual no había realizado aportes al Instituto de Seguros Sociales, ello no impide que en aplicación de la ineficacia pueda ordenarse su retorno al régimen de prima media hoy administrado por Colpensiones, entidad que por virtud de la ley recibió los afiliados de la extinta Cajanal a la cual venía cotizando la accionante.

No se causan costas en este grado jurisdiccional, ni en la instancia ante su no causación.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral tercero la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 15 de julio de 2021 que quedará del siguiente tenor: condenar a la AFP Colfondos S.A. a trasladar a Colpensiones debidamente actualizado el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la demandante, los rendimientos, los bonos pensionales así como los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima a que haya lugar; los

gastos de administración, comisiones, y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

SEGUNDO: CONFIRMAR en los demás la sentencia del *a quo*.

Sin COSTAS en la consulta ni en la apelación ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO

Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada

Aclaro voto



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

LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 01 2020 00078 01
DEMANDANTE: CARLOS ARTURO RUBIANO ZORNOSA
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS S.A.

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

SENTENCIA

La Sala decide los recursos interpuestos por las demandadas AFP Porvenir S.A. y Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 25 de noviembre de 2021. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

El accionante pretende que se declare «ineficaz, inválida y/o nula e ilegal» la afiliación a la AFP Horizonte, hoy Porvenir S.A. realizada en diciembre de 1995. En consecuencia, se ordene a la AFP trasladar todos los ahorros, aportes pensionales, rendimientos, gastos de administración, que le hubieren sido descontados. Ordenar a Colpensiones recibir la afiliación y acreditar los aportes y rendimientos en la historia laboral, y la devolución de saldos. Así mismo, se disponga a las demandadas pagar «la sanción» y reconocer derechos a que haya lugar en virtud de las facultades ultra y extra *petita*, y las costas del proceso.

En respaldo de sus aspiraciones, narró que nació el 19 de febrero de 1959, se afilió al Instituto de Seguros Sociales el 1 de enero de 1980 y allí cotizó más de 13 años. Se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) a través de la AFP Horizonte, hoy Porvenir S.A. en diciembre de 1995. Indicó que al 19 de febrero de 2021, cuenta 1.720 semanas cotizadas. Finalmente, que Colpensiones negó la petición de retornar al régimen de prima media con prestación definida (RPM) y Porvenir S.A. guardó silencio (fls. 20 a 27, 33 a 39 subsanación).

La AFP Porvenir S.A rechazó las peticiones del escrito inaugural. Admitió el traslado de régimen y la data de nacimiento del actor. Manifestó que no son ciertos o no le constan los hechos restantes. Propuso las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. Alegó que la afiliación a esta AFP fue producto de una decisión libre de presiones o engaños, materializada con la suscripción del formulario correspondiente, por una persona plenamente capaz, que además tenía el deber de informarse sobre las consecuencias del acto jurídico. Sostuvo que no procede declarar la ineficacia por ausencia de información completa al afiliado, máxime porque tuvo la oportunidad y no retornó en los términos de ley a RPM (fls. 43 a 53).

Colpensiones se opuso al éxito de las peticiones. Admitió la data del natalicio del accionante, la vinculación y cotizaciones a RPM, la reclamación administrativa y su respuesta. Manifestó que no son ciertos o no le constan los demás hechos. Formuló las excepciones de error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, cobro de lo no debido, buena fe, *«la parte demandante no puede beneficiarse de su propia culpa y la demandante no sirve de excusa»*, inexistencia del derecho y la obligación, no procedencia de condena en costas y agencias en derecho en instituciones administran recursos del sistema general de pensiones y las demás declarables oficiosamente. En defensa de sus intereses manifestó que la selección de régimen es libre y voluntaria, se materializa con la suscripción del formulario respectivo y la ley dispone los términos para trasladarse entre uno y otro. Señaló que el demandante debe demostrar la frustración de la expectativa legítima pensional o la configuración de un vicio del consentimiento (fls. 60 a 67 y 74 a 83 subsanación).

En audiencia celebrada el 30 de septiembre de 2021 (fl.93), el Juzgado dispuso vincular a la AFP Skandia, hoy Old Mutual S.A, la que al contestar el libelo introductorio indicó que se opuso a la devolución de saldos, las condenas extra y ultra *petita* y las costas del proceso. Manifestó no constarle los hechos. Propuso las excepciones de cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, actos de relacionamiento, Skandia no participo ni intervino en el momento de selección de régimen, el demandante se encuentra inhabilitado para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado, inexistencia de violación al debido proceso al momento de la afiliación para el momento de la afiliación al RAIS, ausencia de falta al deber de asesoría e información, los supuestos fácticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por el demandante, prescripción de la acción, prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro – gastos de administración, buena fe y las declarables de oficio. En su defensa expuso que cumplió con el deber de información conforme a la normativa de la época. Arguyó que el demandante no es beneficiario al régimen de transición por tiempo cotizado por ello no puede retornar al RPM en cualquier tiempo (fls. 98 a 100).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 25 de noviembre de 2021 a folios 123 a 126, resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional del demandante Carlos Arturo Rubiano Zornosa identificado con la cédula de ciudadanía 19.382.599 a través del fondo administrado por la sociedad demandada Porvenir S.A. conforme lo expuesto en precedencia.

SEGUNDO: ORDENAR a la demanda Administradora Colombia de Pensiones Colpensiones autorizar el traslado del señor Carlos Arturo Rubiano Zornosa identificado con la cédula de ciudadanía 19.382.599 al régimen de prima media con prestación definida conforme lo expuesto en la parte motiva de este pronunciamiento.

TERCERO: ORDENAR a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. trasladar con destino a Colpensiones los aportes efectuados por el demandante Carlos Arturo Rubiano Zornosa identificado

con la cédula de ciudadanía 19.382.599 en el régimen de ahorro individual con solidaridad, junto con todos los rendimientos financieros, frutos e intereses a que haya lugar, el bono pensional, los gastos de administración además de cualquier monto recibido con motivo de la afiliación del actor; sin que le sea dable efectuar descuento alguno a la cotización total realizada por el accionante conforme lo expuesto en la parte motiva de este pronunciamiento.

CUARTO: DECLARAR que Colpensiones puede obtener por las vías judiciales pertinentes el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que asuma la obligación pensional del demandante en valores no previstos y si las reservas dispuestas para el efecto.

QUITO: DECLARAR no probadas las excepciones formuladas por las demandadas conforme lo expuesto en la parte motiva de la decisión.

SEXTO: Sin costas para las partes en la presente instancia

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP no demostró haber brindado al potencial afiliado información suficiente, que le permitiera, con plena libertad efectuar el traslado de régimen, por lo que procede declarar la ineficacia deprecada.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes, las demandadas apelaron lo resuelto.

Colpensiones reclama la revocatoria de la sentencia bajo el argumento de que no se probó que el acto del traslado estuvo viciado, tampoco que hubo falta de información, por el contrario obra formulario de vinculación debidamente suscrito como manifestación de voluntad de pertenecer al RAIS, la que se vio ratificada con el extenso periodo de permanencia en el que se trasladó horizontalmente entre diferentes fondos, además debió acudir suficientemente informado a realizar el traslado en cumplimiento de sus deberes como consumidor financiero. Adujo que el actor está incurso en una prohibición legal de cambiar de régimen en razón a la edad. Solicitó que le sea concedida la facultad de realizar los cobros pertinentes al momento de reconocer la pensión para obtener el pago de rendimientos y gastos de administración.

La AFP Porvenir S.A. aspira que se revoque la decisión, en tanto le ordenó trasladar gastos de administración porque estas sumas fueron descontadas por disposición legal, compensaron la gestión de las AFP, que produjo rendimientos en la cuenta individual, y con ello se genera un enriquecimiento sin causa en cabeza de Colpensiones y se atenta contra la figura de las restituciones mutuas propia de la declaratoria de ineficacia.

III. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

De conformidad con el artículo 69 del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social, al ser la sentencia de primera instancia adversa a Colpensiones entidad de la cual es garante la Nación, también es procedente abordar su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

IV. CONSIDERACIONES

Corresponde en esta Sala definir si es procedente declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual efectuado por el actor.

Para resolver, es menester recordar que el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 114 *ibidem* permite al afiliado la selección libre y voluntaria del régimen pensional; por su parte, el artículo 271 del mismo estatuto, señala las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, y ordena dejar sin efecto dicho acto, y realizar uno nuevo sin presiones.

El Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen del demandante, previó en el numeral 1 del artículo 97, la obligación de las entidades de seguridad social de suministrar a los usuarios la información necesaria, clara, veraz y objetiva para que se elijan las mejores opciones del mercado. Así lo aleccionó la Sala de Casación Laboral en la sentencia, CSJ SL1688 de 2019, por citar solo un ejemplo.

Por su parte, el artículo 4 del Decreto 656 de 1994, estipula que *“las administradoras son instituciones de carácter provisional y, como tales, se encuentran obligadas a prestar en forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a dicha calidad. Por lo tanto, serán responsables de los perjuicios que por su culpa leve se puedan ocasionar a los afiliados.”*

De la misma manera, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 previó que *“los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.”*

La Sala de Casación Laboral, en proveído CSJ SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia CSJ SL 1688-2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde aquella institución. De otra parte, en las decisiones CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL19447-2017 y CSJ SL1421-2019, la misma Corporación indicó que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringe *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* la que no se configura con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues se requiere contar con elementos de juicio suficientes para entender las consecuencias de la decisión. Además, que la firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020, STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021; CSJ SL 150-2022).

Ese deber de información, según las reglas jurisprudenciales descritas, de acuerdo con la época en que se efectúa el traslado, incluye la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que conlleva dar a conocer la

existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales. Además, el análisis calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo. Incluso, a partir de Ley 1748 de 2014 y del Decreto 2071 de 2015, el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Igualmente, señaló el máximo Órgano de cierre de esta jurisdicción que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición, o si tiene o no una expectativa legítima, dado que en todos los casos debe cumplirse con el deber de orientación como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ STL3202-2020, CSJ STL3201-2020, CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021. Útil es recordar que en sentencia CSJ SL 689-2019, se indicó que tratándose de asuntos como el que ocupa la atención de la Sala, se invierte la carga de la prueba, y debe entonces la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional.

V. CASO CONCRETO

Según el reporte de semanas cotizadas el actor se afilió al ISS el 18 de junio de 1979 (fl. 91 cd, expediente administrativo 3, fl. 62), migró al RAIS, administradora Colpatria el 29 de noviembre de 1995, con la suscripción de formulario de afiliación (fl. 54 cd, expediente digital fl. 57), en el que se puede leer:

HAGO CONSTAR QUE LA SELECCIÓN RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD LA HE EFECTUADO EN FORMA LIBRE, ESPONTÁNEA Y SIN PRESIONES. MANIFIESTO QUE HE ELEGIDO AL FONDO DE PENSIONES COLPATRIA PARA QUE ADMINISTRE MIS APORTES PENSIONALES Y SOLICITE EL TRASLADO DE LOS VALORES A QUE TENGA DERECHO DE LA ANTERIOR ENTIDAD ADMINISTRADORA. ASÍ MISMO, DECLARO QUE LOS DATOS PROPORCIONADOS EN ESTA SOLICITUD SON VERDADEROS.

Posteriormente cambió horizontalmente a la AFP Skandia el 1 de julio de 1997 y a partir del 1 de junio de 1999 a la AFP Porvenir S.A. (fl. 54 cd, expediente digital fl. 59).

Al absolver interrogatorio de parte, el demandante manifestó que en el momento del traslado no recibió asesoría, tampoco en los traslados horizontales, pues todos estos cambios se dieron por orden del empleador y sin que mediara el acompañamiento de algún representante de las AFP. Aseguró que pasado el tiempo intentó asesorarse pero la respuesta que recibió en un módulo del fondo de pensiones es que el ISS se iba a acabar. Indicó que no ha recibido extractos por parte de Porvenir.

De cara a los medios de prueba mencionados, para esta Sala la AFP Porvenir S.A, incumplió el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, (aplicable en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues no demostró en los términos señalados por la Sala de Casación Laboral, haber brindado al demandante, al momento de la afiliación, una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiera al afiliado conocer los efectos del traslado, acorde a su situación personal.

Importa señalar que la suscripción del formulario de afiliación no es suficiente para acreditar el deber de información que le asiste al fondo privado, dado que este, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (CSJ STL3202-2020; CSJ STL3201-2020; CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021).

En el mismo sentido, la teoría de los actos de relacionamiento materializados con la permanencia en el RAIS y las cotizaciones realizadas no aplica en los asuntos de ineficacia de traslado por resultar posteriores al acto jurídico inicial, tampoco la inobservancia de los deberes del afiliado como consumidor financiero.

En consecuencia, resulta evidente que Porvenir faltó a su deber de información, en las condiciones fijadas por la jurisprudencia, lo que conlleva la ineficacia del acto jurídico de traslado, el que tampoco puede entenderse validado por el traslado entre administradoras, como reiteradamente lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia (CSJ SL 4360-2019).

La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha adoctrinado que en tratándose de afiliados, 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 debieron ingresar a RPM, criterio que igualmente, es aplicable frente al porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.

Por tanto, Porvenir S.A. administradora a la cual se encuentra actualmente afiliado el demandante, deberá devolver a Colpensiones el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos, bonos pensionales y porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, a que haya lugar, los valores utilizados en seguros previsionales, con cargo a sus propias utilidades (CSJ SJ SL2209-2021, CSJ SL2207-2021 y CSJ SL5686-2021), así como los gastos de administración y las comisiones (CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020, CSJ SL373-2021, CSJ SL5686-2021). Por tanto, la sentencia se modificará en esta parte. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL2877-2020).

Cumple agregar que no es posible eximir de responsabilidad a la AFP Skandia, hoy Old Mutual S.A., de trasladar a Colpensiones las sumas de

dinero descontadas por concepto de gastos y cuotas de administración, porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales mientras el demandante estuvo vinculado a este fondo, dado que la declaración de ineficacia impone la devolución de dichos rubros 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 5205-2020 CSJ SL 5680-2021). En consecuencia, la sentencia será adicionada en este aspecto. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL2877-2020).

Conforme a los rubros que se ordena trasladar se protege la sostenibilidad del sistema, dado que los aportes efectuados por el afiliado durante su vida productiva, con los cuales se edifica el financiamiento de la pensión, según los principios que inspiran el sistema de seguridad social, retornarán a RPM en su integridad, debidamente indexados, junto con los rendimientos y de ser necesario, con cargo a los recursos propios de cada AFP. De cualquier manera, Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar de asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensión y así se indicará en la parte resolutive de esta providencia.

Impone señalar que la acción de ineficacia es imprescriptible, en tanto, los hechos o estados jurídicos no están sujetos a dicha figura, por tanto, puede solicitarse en cualquier tiempo, en la medida en que esta declaración tiene como objetivo comprobar o constatar un estado de cosas, la carencia de efectos jurídicos del acto desde su nacimiento, surgido con anterioridad al inicio del proceso, como lo ha puntualizado el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en las sentencias CSJ SL 1421-2019 y CSJ SL373-2021, entre otras.

No se causan costas en este grado jurisdiccional, ni en la instancia ante su no causación.

VI.DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral tercero de la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 25 de noviembre de 2021, que quedará del siguiente tenor: condenar a la AFP Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones debidamente actualizado el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto con los rendimientos y los bonos pensionales a que haya lugar; así como los gastos de administración, comisiones, porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

SEGUNDO: ADICIONAR la decisión de primera instancia en el sentido de condenar a la AFP Skandia, hoy Old Mutual S.A. a trasladar a Colpensiones con cargo a sus propios recursos y debidamente actualizadas todas las sumas descontadas al demandante por gastos y cuotas de administración, sumas adicionales de la aseguradora, porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales mientras el demandante estuvo vinculado a este fondo. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

TERCERO: ADICIONAR la sentencia apelada en el sentido de indicar que Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar de asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensión.

CUARTO: CONFIRMAR en los demás la sentencia del *a quo*.

Sin COSTAS en la consulta ni en la apelación ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO

Magistrada



HUGO/ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada

Aclaro voto



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

LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 02 2019 00307 01.
DEMANDANTE: BASILIO GARCÍA RODRÍGUEZ.
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES.

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

SENTENCIA

La Sala estudia en grado jurisdiccional de consulta la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 9 de febrero de 2021.

I. ANTECEDENTES

El accionante pretende que se condene a Colpensiones a reconocer y pagar, debidamente indexado, el incremento del 14% por persona a cargo desde el 28 de enero de 1994, fecha en que le fue reconocida la pensión, a razón de 14 mesadas al año, junto con los intereses moratorios, la indexación correspondiente, y las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 24 de enero de 1931, la extinta empresa de metales preciosos del Chocó le reconoció pensión de vejez, la que conforme a la Resolución n.º 0713 del 28 de enero de 1994, es pagada por Colpensiones. Indicó que está casado y convive con María Ángela Urrutia Mosquera, su beneficiaria en el sistema de salud, y depende económicamente de él, pues no percibe pensión ni ingreso alguno. Finalmente, que reclamó administrativamente ante la entidad, pero recibió respuesta negativa (expediente digital fl.39 a 40).

Colpensiones se opuso a las súplicas. Admitió únicamente la reclamación administrativa y su respuesta. Manifestó que no le constan o no son ciertos los restantes hechos. Propuso las excepciones de inexistencia del derecho y de la obligación a cargo de Colpensiones, carencia de causa para demandar, cobro de lo no debido, no configuración del derecho al pago de IPC, ni de indexación o reajuste alguno, no configuración del derecho al pago de intereses de mora, ni de indemnización moratoria, pago, buena fe, presunción de legalidad de los actos administrativos, prescripción, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y las demás declarables oficiosamente (fl. 51 a 65).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 9 de febrero de 2021, absolvió a la demandada. Declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación (expediente digital).

En lo fundamental, señaló que la pensión que disfruta el accionante fue reconocida al amparo de norma diferente a la que contempla el pago del derecho reclamado.

III. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

De conformidad con el artículo 69 del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social, al ser la sentencia de primera instancia totalmente adversa a las pretensiones del demandante es procedente abordar su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

IV. CONSIDERACIONES

El Acuerdo 049 de 1990 en su artículo 21 dispone:

ARTÍCULO 21. INCREMENTOS DE LAS PENSIONES DE INVALIDEZ POR

RIESGO COMÚN Y VEJEZ. Las pensiones mensuales de invalidez y de vejez se incrementarán así:

a) En un siete por ciento (7%) sobre la pensión mínima legal, por cada uno de los hijos o hijas menores de 16 años o de dieciocho (18) años si son estudiantes o por cada uno de los hijos inválidos no pensionados de cualquier edad, siempre que dependan económicamente del beneficiario y,

b) En un catorce por ciento (14%) sobre la pensión mínima legal, por el cónyuge o compañero o compañera del beneficiario que dependa económicamente de éste y no disfrute de una pensión.

Los incrementos mensuales de las pensiones de invalidez y de vejez por estos conceptos, no podrán exceder del cuarenta y dos por ciento (42%) de la pensión mínima legal.

Es verdad probada que mediante Resolución n.º 0713 del 28 de enero de 1994, el Gerente Liquidador de la Sociedad Anónima de Economía Mixta del Orden Nacional denominada Metales Preciosos de Chocó S.A. reconoció al accionante pensión plena de jubilación por el servicio prestado a la Compañía Minera Chocó Pacífico S.A, Mineros del Chocó S.A. y Metales preciosos del Chocó S.A. por más de 20 años (fl 9 expediente digital).

El artículo 149 de la Ley 100 de 1993, dispone:

ARTÍCULO 149. BENEFICIARIOS DEL FONDO DE PENSIONES DE LAS EMPRESAS PRODUCTORAS DE METALES PRECIOSOS Y EMPOS. Las pensiones de los beneficiarios del Fondo de Pensionados de las Empresas Productoras de Metales Preciosos creado mediante la Ley 50 de 1990, y las de las Empresas de Obras Sanitarias liquidadas serán pagadas en adelante por el Instituto de Seguros Sociales, el cual también asumirá la prestación del servicio médico asistencial siempre y cuando el pensionado cotice para salud.

El Gobierno Nacional apropiará anualmente en el presupuesto las partidas necesarias para el cumplimiento de lo dispuesto en el presente artículo, y hará las correspondientes transferencias al Instituto de Seguros Sociales.

De conformidad con el anterior canon Colpensiones solamente funge como pagadora de la obligación pensional adquirida por el empleador, respecto de quien fuera su trabajador. En estas condiciones la demandada no está llamada a otorgar beneficios distintos a los que el empleador se

hubiere obligado. Menos aún los incrementos reclamados, pues la prestación fue reconocida en aplicación de una norma diferente al Acuerdo 049 de 1990, presupuestos esencial para reclamar el derecho.

Sin costas en el grado de consulta.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 9 de febrero de 2021.

SEGUNDO: No se causan costas en la consulta

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO
Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

Radicación n.º 110013105 02 2019 00307 01.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada
002 2019 00307 01



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

LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 08 2020 00254 01
DEMANDANTE: VIVIANA ELVIRA ARDILA RODRÍGUEZ
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE FONDOS
DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

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

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la demandada AFP Porvenir S.A. contra la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 23 de septiembre de 2021. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

Este proceso ha pasado a la suscrita Magistrada por ponencia no aceptada por la mayoría, en consideración a que el proyecto inicial carecía de armonía y concordancia entre las valoraciones probatorias y las disertaciones jurídicas de la parte considerativa, y la decisión plasmada en la parte resolutive. Ello, como quiera que si bien, se confirmaba la sentencia de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado, la única motivación del proveído era que la Sala de Casación Laboral y Penal por vía de tutela ha dejado sin efectos algunas decisiones proferidas por este Tribunal que se apartaban del precedente sentado sobre la materia. Empero la argumentación legal y el análisis probatorio estaba dirigido a sustentar los motivos por los cuales se consideraba que no debía declararse ineficaz el acto jurídico del traslado (artículo 280 del Código General Proceso).

En consecuencia, se consideró que una decisión en ese sentido quebrantaría las garantías fundamentales al debido proceso, a la defensa y al acceso a la administración de justicia (artículos 29, 228 y 229 Constitucionales), por carecer de “congruencia interna” que, según la Sala de Casación Laboral “(...) exige armonía y concordancia entre las conclusiones judiciales derivadas de las valoraciones fácticas, probatorias y jurídicas implícitas en la parte considerativa, con la decisión plasmada en la parte resolutive. Por tanto, el fallo conforma un todo inescindible, un acto complejo, una unidad temática, entre la parte motiva y la resolutive” (CSJ SL2808-2018, reiterada en CSJ SL440-2021).

Según la Corte Constitucional, la obligación de motivar las decisiones judiciales exige un esfuerzo argumentativo con “miras a justificar su decisión y, por lo tanto, a convencer a las partes, a los demás jueces y al público en general, de que su resolución es la correcta” (CC C-145-1998). Así mismo, el deber de motivación, además de ser una fuente de legitimación de la actividad judicial en un estado democrático, constituye un mecanismo que le permite al ciudadano conocer las razones de una decisión, para poder controvertirla y ejercer su derecho de defensa.

La misma Corporación ha puntualizado que:

Desde el punto de vista del operador judicial, la motivación consiste en un ejercicio argumentativo por medio del cual el juez establece la interpretación de las disposiciones normativas, de una parte, y determina cómo, a partir de los elementos de convicción aportados al proceso y la hipótesis de hecho que se construye con base en esos elementos, es posible subsumir el caso concreto en el supuesto de hecho de una regla jurídica aplicable al caso. En el estado constitucional de derecho, la motivación adquiere mayor importancia. (CC T-214- 2012).

I. ANTECEDENTES

La accionante pretendió que se declare la ineficacia de la afiliación a Porvenir S.A. En consecuencia, se le ordenara a dicha AFP adelantar los trámites pertinentes para el retorno a Colpensiones, con la inclusión de cualquier ingreso que haya recibido derivado de la afiliación, tales como

cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, los rendimientos que hubiere causado y cuotas de administración previamente indexadas. A esta última a realizar los trámites tendientes al retorno y convalidación de los dineros que reciba del fondo privado. A las demandadas a reconocer los derechos a que haya lugar en virtud de las facultades *ultra* y *petita*, y las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 4 de febrero de 1963 y cotizó 393 semanas al Instituto de Seguros Sociales. Adujo que el 1 de mayo de 1999 se trasladó al RAIS a través de Porvenir S.A., sin que dicha entidad le hubiera brindado información comparativa sobre las características de cada régimen, ni las consecuencias del cambio. Indicó que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 contaba 41 años, y que las demandadas negaron la solicitud de traslado (expediente digital, archivo 02).

Colpensiones se opuso a la prosperidad de las súplicas. Admitió la fecha de nacimiento de la accionante, la edad que aquella tenía al 1 de abril de 1994, la afiliación al ISS, las semanas cotizadas, la vinculación a Porvenir S.A., la reclamación administrativa y su respuesta. Manifestó que los demás hechos no le constan. Propuso las excepciones de prescripción y caducidad, inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir y las demás declarables oficiosamente. En su defensa, argumentó que la demandante al trasladarse ejerció el derecho de libre escogencia de régimen pensional; luego, recae sobre ella el deber de probar la configuración de algún vicio del consentimiento o la falta al deber de información. Expuso que la señora Ardila Rodríguez no puede retornar al RPM porque está incurso en una prohibición legal (expediente digital, archivo 11).

La AFP Porvenir S.A., rechazó el éxito de las aspiraciones. Aceptó la data de nacimiento, la afiliación a Porvenir S.A. y la solicitud de retorno a RPM. Manifestó que no son ciertos o no le constan los hechos restantes. Propuso las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la

obligación y buena fe. En su defensa, argumentó que las aspiraciones de la promotora del litigio están llamadas al fracaso, como quiera que el cambio de régimen fue un acto jurídico consiente y espontáneo, adelantado por una persona plenamente capaz, que se materializó con la suscripción del formulario en el que quedó consignado que conocía las implicaciones de su decisión, conforme a la información que le fue suministrada. Sostuvo que la accionante ratificó su voluntad de permanecer en el RAIS con los traslados horizontales entre AFP y omitió su deber de ilustrarse sobre su futuro pensional. Expuso que no es procedente la devolución de gastos de administración y primas de seguro previsional (expediente digital, archivo 14 fls.1 a 19)

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 23 de septiembre de 2021 (expediente digital, carpeta 24), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de la señora Vivian Elvira Ardila Rodríguez, realizado del régimen de prima media al RAIS acaecido el 19 marzo de 1999, mediante su afiliación a Porvenir, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a Colpensiones a admitir el traslado del régimen pensional de la señora Vivian Elvira Ardila Rodríguez.

TERCERO: CONDENAR a la demandada Porvenir a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido por motivo de la afiliación de la señora Vivian Elvira Ardila Rodríguez tales como cotizaciones, bonos pensionales, costos cobrados por administración debidamente indexados y sumas adicionales con los respectivos intereses de conformidad con las previsiones del artículo 1746 del Código Civil, esto es, junto con los rendimientos que se hubieren causado.

CUARTO: CONDENAR a Colpensiones a aceptar todos los valores que devuelva Porvenir y que reposaban en la cuenta de ahorro individual de la demandante y efectuar todos los ajustes en la historia pensional de la demandante.

QUINTO: sin condena en costas en esta instancia, ante su no causación.

SEXTO: Como quiera que la presente decisión resulta adversa a los intereses de Colpensiones, se remitirán las diligencias al Honorable Tribunal Superior de Bogotá – Sala Laboral para que se surta el grado jurisdiccional de consulta en favor de dicha entidad.

Como sustento de su decisión, señaló que Porvenir S.A. no demostró que al momento de la afiliación brindó a la demandante información detallada que le permitiera tomar la decisión con una real convicción que era lo que más le convenía.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, Porvenir S.A. alegó que en el presente asunto no se configuran los presupuestos de la ineficacia de la afiliación, pues la demandante se trasladó de forma voluntaria, libre y consiente tal como se expresa en el formulario de afiliación, cuya forma preimpresa se encuentra autorizada por la ley. Refirió que para el momento del cambio de régimen ilustró a la actora en los términos previstos en la norma vigente, de suerte que cumplió con las obligaciones a su cargo, sin que sea dable exigirle acreditar requisitos adicionales introducidos posteriormente por la norma o la jurisprudencia. Refirió que la actora contó con múltiples oportunidades para regresar al RPM, no obstante además de no hacerlo, continuó cotizando, faltando a sus deberes como consumidor financiero. Argumentó que la inconformidad en el monto de la mesada, no es una causal válida para hacerlo ahora que está incurso en una prohibición legal. Alegó que no es procedente ordenar la devolución de gastos de administración y seguros previsionales, pues dichos valores fueron descontados por disposición legal, compensaron la gestión de la AFP y cubrieron a la demandante en los riesgos de invalidez y muerte mediante el pago de pólizas de seguro a terceros no vinculados al proceso. Así estas sumas se extinguieron, no están en poder de la AFP por ello es imposible su devolución. Expuso que estos rubros no están destinados a financiar la pensión por tanto son prescriptibles.

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

De conformidad con el artículo 69 del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social, al ser el fallo que puso fin a la instancia inicial adversa a Colpensiones, entidad de la que es garante la Nación, también procede su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

V. CONSIDERACIONES

Corresponde a esta Sala definir si hay lugar a declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual efectuado por la actora.

Para resolver, es menester recordar que el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 114 *ibídem* permite al afiliado la selección libre y voluntaria del régimen pensional; por su parte, el artículo 271 del mismo estatuto, señala las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, y ordena dejar sin efecto dicho acto, y realizar uno nuevo sin presiones.

El numeral 1 del artículo 97 del Decreto Ley 663 de 1993 -Estatuto Orgánico del Sistema Financiero-, vigente para la época en que la actora se trasladó de régimen, prevé la obligación que recae sobre las entidades de seguridad social de suministrar a los usuarios la información necesaria, clara, veraz y objetiva para que se elijan las mejores opciones del mercado (CSJ SL1688-2019).

Por su parte, el artículo 4 del Decreto 656 de 1994, estipula que *“las administradoras son instituciones de carácter provisional y, como tales, se encuentran obligadas a prestar en forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a dicha calidad. Por lo tanto, serán responsables de los perjuicios que por su culpa leve se puedan ocasionar a los afiliados”*.

Así mismo, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 establece que *“los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado”*.

La Sala de Casación Laboral, en proveído CSJ SL3464-2019, reiteró que desde la sentencia CSJ SL1688-2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a esta obligación, debe abordarse desde aquella institución. De otra parte, en sentencias CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL19447-2017 y CSJ SL1421-2019, esta misma Corporación indicó que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringe *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* situación que no se configura con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues se requiere contar con elementos de juicio suficientes para entender las consecuencias de la decisión. Además, que la firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (CSJ STL3202-2020, CSJ STL3201-2020, CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020, CSJ SL3050-2021 y CSJ SL150-2022).

Ese deber de información, según las reglas jurisprudenciales descritas, de acuerdo con la época en que se efectúa el traslado, incluye la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que conlleva dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales. Además, el análisis calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle. Al respecto, importa recordar que el artículo 2, parágrafo 1 de la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, establecen que los usuarios que deseen trasladarse de régimen deben recibir asesoría de representantes de ambos regímenes, como condición previa para que proceda el mismo.

El máximo órgano de cierre de esta jurisdicción, también señaló que para el efecto no importa si el afiliado era beneficiario del régimen de

transición, o tenía una expectativa legítima de acceder a la pensión, dado que en todos los casos es menester se cumpla con el deber de orientación como requisito sustancial (CSJ SL1688-2019, CSJ STL3202-2020, CSJ STL3201-2020, CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021). Útil es recordar que en proveído CSJ SL689-2019, se indicó que tratándose de asuntos como el que ahora llama la atención de la Sala, la carga de la prueba se invierte, por manera que recae sobre la administradora de pensiones el deber de demostrar que informó y asesoró al potencial afiliado como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional.

VI. CASO CONCRETO

Según el reporte de semanas cotizadas, el 28 de diciembre de 1984 la demandante se afilió al Instituto de Seguros Sociales (expediente digital, carpeta 12); el 19 de marzo de 1999 se trasladó a Porvenir S.A. con la suscripción de formulario de afiliación visible en el archivo 5 fl. 1 del expediente digital, documento del que se lee:

HAGO CONSTAR QUE REALIZO DE FORMA LIBRE, ESPONTÁNEA Y SIN PRESIONES LA ESCOGENCIA AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL, ASÍ COMO LA SELECCIÓN DE LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., PARA QUE SEA LA ÚNICA QUE ADMINISTRE MIS APORTES PENSIONALES. TAMBIÉN DECLARO QUE LOS DATOS PROPORCIONADOS EN ESTA SOLICITUD SON VERDADEROS.

Al absolver interrogatorio de parte, la demandante señaló que para el momento del traslado laboraba en una granja avícola productora de huevo. Que en la reunión que citó su empleador, los asesores de Porvenir S.A. le informaron que *«la situación pensional en el país era delicada, que porque muy posiblemente el Seguro Social se quebraría igual que todas las empresas públicas»*; así mismo, le indicaron que el paso al RAIS le traería seguridad para obtener una pensión; podía retirar el dinero, y se pensionaría en menos tiempo, situación última que llamó su atención, en tanto labora desde los 15 años de edad.

Admitió que no leyó el formulario y que no realizó preguntas a los representantes del fondo. Reconoció que no se acercó al ISS a validar la situación de la entidad, y que si solicitó el retorno al RPM cuando contaba 49 años, era porque en ese momento escuchó que los ofrecimientos de Porvenir S.A. no eran ciertos; de esta suerte, supo que la mesada que allí obtendría, no representaría los muchos años de trabajo y los ofrecimientos que le hicieron para conseguir su traslado.

De cara a los medios de prueba mencionados, para esta Sala luce evidente que Colfondos S.A. incumplió el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, aplicable por analogía del artículo 145 del Código Procedimiento Laboral. Esto, toda vez que no demostró en los términos señalados por la Sala de Casación Laboral, haber brindado a la actora al momento de la afiliación, información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiera conocer los efectos su decisión, acorde a su situación personal.

Cumple reiterar que la suscripción del formulario de afiliación no es suficiente para acreditar el deber de información que le asiste al fondo privado, dado que este, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (CSJ STL3202-2020; CSJ STL3201-2020; CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021). (SE DIJO EN FOLIO 7).

En el mismo sentido, la teoría de los actos de relacionamiento materializados con la permanencia en el RAIS y las cotizaciones realizadas no aplica en los asuntos de ineficacia de traslado por resultar posteriores al acto jurídico inicial, tampoco la inobservancia de los deberes del afiliado como consumidor financiero.

En consecuencia, resulta evidente que la AFP Porvenir S.A. faltó a su deber en las condiciones fijadas por la jurisprudencia lo que conlleva la ineficacia del acto jurídico de traslado.

Importa resaltar que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha adoctrinado que en tratándose de afiliados, 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 debieron ingresar a RPM, criterio que igualmente es aplicable frente al porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima (CSJ SL2209-2021).

Por tanto, Porvenir S.A., deberá entregar a Colpensiones el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con los rendimientos, bonos pensionales y porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, a que haya lugar, los valores utilizados en seguros previsionales, con cargo a sus propias utilidades (CSJ SJ SL2209-2021, CSJ SL2207-2021 y CSJ SL5686-2021), así como los gastos de administración y las comisiones (CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020, CSJ SL373-2021, CSJ SL5686-2021). Por ello, la sentencia será modificada en esta parte. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL2877-2020).

Conforme a los rubros que se ordena trasladar se protege la sostenibilidad del sistema, dado que los aportes efectuados por el afiliado durante su vida productiva, con los que edifica el financiamiento de su pensión, según los principios que inspiran el sistema de seguridad social, retornarán a RPM en su integridad, debidamente indexados, junto con los rendimientos y de ser necesario, con cargo a los recursos propios de cada AFP. De cualquier manera, Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar de asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la

omisión del fondo de pensión. Así se indicará en la parte resolutive de esta providencia.

Impone señalar que la acción de ineficacia es imprescriptible, dado que los hechos o estados jurídicos no están sujetos a dicha figura; por tanto, puede solicitarse en cualquier tiempo, en la medida en que esta declaración tiene como objetivo comprobar o constatar un estado de cosas, la carencia de efectos jurídicos del acto desde su nacimiento, surgido con anterioridad al inicio del proceso, como lo ha puntualizado el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en las sentencias CSJ SL1421-2019 CSJ SL373-2021 entre otras.

No se causan costas en este grado jurisdiccional, ni en la instancia ante su no causación.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

Primero: Modificar el numeral tercero de la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 23 de septiembre de 2021, que quedará del siguiente tenor:

Condenar a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, el capital que Viviana Elvira Ardila Rodríguez acumuló en su cuenta de ahorro individual, debidamente actualizado, junto con los rendimientos, bonos pensionales, porcentajes destinados a conformar el fondo de garantía de pensión mínima a que haya lugar, gastos de administración, comisiones, y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades. Al momento de cumplirse esta orden, los

conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivas valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

Segundo: Declarar que la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar de asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensión.

Tercero: Confirmar en lo demás la sentencia del *a quo*.

Sin costas en la consulta, ni en la apelación dada su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO

Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada
Aclaró voto