



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: *ORDINARIO LABORAL*
DEMANDANTE: *GERMÁN GUILLERMO SANDOVAL PINZÓN*
DEMANDADO: *COLPENSIONES, PORVENIR S.A, PROTECCIÓN S.A, y COLFONDOS S.A.*
RADICACIÓN: *110013105-015-2021-00495-01*
ASUNTO: *APELACIÓN Y CONSULTA SENTENCIA*
TEMA: *INEFICACIA TRASLADO*

Bogotá D.C, treinta (30) de septiembre de dos mil veintidós (2022)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

AUTO

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

SENTENCIA ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. GERMÁN GUILLERMO SANDOVAL PINZÓN instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES, PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A, y COLFONDOS S.A con el fin de que se declare la ineficacia del traslado a la AFP PORVENIR S.A. y consecuentemente las afiliaciones a PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A.; que se ordene a COLFONDOS S.A. a devolver con destino a COLPENSIONES la totalidad del capital de la cuenta de ahorro individual, incluido rendimientos, bonos y/o títulos pensionales, gastos de administración y comisiones; ordenar a COLPENSIONES a recibir al actor junto con los dineros que traslade la AFP, lo ultra y extra petita, y las costas y agencias en derecho.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que estuvo afiliado al RPMPD desde el año de 1985; que se trasladó de régimen en abril de 1996 a PORVENIR S.A.; que en marzo del 2000 se trasladó a PROTECCIÓN S.A y luego en febrero del 2002 se cambió a la AFP COLFONDOS S.A en la cual se encuentra actualmente; que ninguna de las AFP desplegó una actividad de asesoramiento responsable y transparente a fin de brindarle información veraz, oportuna, pertinente y objetiva para prever las consecuencias futuras que le acarrearía el traslado de régimen; que el 26 de mayo del 2021 solicitó la desvinculación a la AFP COLFONDOS S.A., pero le fue negada; que el 03 de junio del 2021 solicitó ante COLPENSIONES la afiliación al régimen de prima media con prestación definida, sin embargo, le fue despachado desfavorablemente.

(fols. 1 a 13 archivo No 001).

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (fol. 24 a 25 archivo No 05); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestaciones.

3.1 COLPENSIONES. Presentó contestación a la demanda con oposición a todas las pretensiones, señalando para tal efecto que el origen de la presente acción no es un vicio en el consentimiento sino la inconformidad de la demandante con la mesada pensional; que su actuar genera una sobrecarga al RPMPD, adicional que el demandante se encuentra válidamente afiliado a COLFONDOS S.A, por lo tanto, no puede tener como afiliada a la demandante, ni recibir ningún aporte. Como excepciones de mérito propuso las de prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, buena fe, y declaración de otras excepciones. (Fols. 2 a 10 archivo 12).

3.2 COLFONDOS S.A. Contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones, con fundamento en que las mismas están dirigidas a una persona jurídica diferente a la demandada, afirmando que ya que no existen presupuestos de hecho ni de derecho para despachar favorablemente esta pretensión; que en el cambio de régimen sí brindó al demandante una asesoría de manera integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse. Como excepciones de fondo rotuló las de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administradoras por COLFONDOS S.A, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado y, compensación y pago (Fols. 4 a 11 archivo 15)

3.3 PORVENIR S.A. Dentro de la oportunidad procesal pertinente presentó escrito de contestación de la demanda oponiéndose a la totalidad de las pretensiones señalando para tal efecto que la demandante tuvo toda la información de acuerdo con lo establecido en el numeral 1 del artículo 97 del Decreto No. 663 de 1993; que el actor no allega prueba sumaria de las razones de hecho que sustentan la nulidad del acto jurídico de traslado, por lo que se debe tener como válido; que la entidad cumplió con los deberes de información que le eran oponibles al momento en que se realizó el acto de traslado; que en el evento de declararse la nulidad e ineficacia no es procedente la devolución de gastos de administración. Como excepciones, prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. (fols. 6 a 10, y 25 a 26 archivos 10).

3.4 PROTECCIÓN S.A. Como defensa se opuso a las pretensiones de la demanda con sustento en que la afiliación fue válida y eficaz, ya que se dio de manera libre, espontánea y sin presiones procedida de una asesoría adecuada, suficiente y oportuna, sin que exista vicios en el consentimiento; que el actor se encuentra inmerso en la prohibición legal de traslado. Como excepciones propuso las de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, innominada o genérica, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP, y traslado de los aportes a otra administradora. (fols. 1 a 26 archivos 17).

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 14 de julio de 2022, en la que la fallador de primera instancia declaró la ineficacia de la afiliación o traslado efectuado por el señor GERMÁN GUILLERMO SANDOVAL PINZÓN del régimen de prima media al régimen de ahorro individual a través de la AFP PORVENIR y como consecuencia, ordenó a la AFP COLFONDOS S.A. que traslade los recursos o sumas que obran en su cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos correspondientes a aportes y rendimientos a la administradora del régimen de prima media COLPENSIONES, quien debe recibir dichos recursos, los acredite como semanas

efectivamente cotizadas y reactive la afiliación del demandante sin solución de continuidad. Se abstuvo de imponer costas.

La decisión del Juez tuvo sustento en Artículo 13 de la ley 100 de 1993, que indica las características del sistema general de pensiones, en la cual los afiliados podrán escoger el régimen de pensión que prefieran y que una vez elegida la selección inicial estos podrán trasladarse de régimen una sola vez cada 3 años después de la selección inicial; que en tratándose de esta clase de procesos, la Corte desde al año 2014 ha considerado que se debe revisar desde la ineficacia y no desde la nulidad de la afiliación; que de conformidad con el literal b) del artículo 13 ley 100 de 1993, se debe garantizar el deber de información a cargo de la AFP y que la carga de la prueba está en cabeza de la misma, asimismo que la obligación de dar información se encuentra regulada desde lo previsto en el artículo 97 del Decreto 663 de 1993 o Estatuto Orgánico del Sistema Financiero; que en el asunto bajo examen la AFP PORVENIR S.A. no cumplió con la carga de la prueba brindado la información completa y comprensible al afiliado, por lo que dio lugar a la ineficacia del traslado, misma que conlleva el retorno al régimen de prima media con prestación definida sin solución de continuidad. Finalmente, se abstuvo de imponer costas.

5. Impugnación y límites del ad quem. La decisión fue recurrida por **COLPENSIONES**, solicitando que se revoque en su totalidad la sentencia de la a quo, dado que no se presentó la nulidad de traslado al evidenciarse que sí se le brindó información, además que hubo traslados horizontales con otras AFP y que de acuerdo a sentencias de la Corte Suprema de Justicia se debe tener en cuenta los actos de relacionamiento; que en el evento de confirmar la ineficacia del traslado, debe tenerse en cuenta que la declaratoria de ineficacia tiene efectos retroactivos y por ello el restablecimiento debe ser pleno y completo devolviendo la totalidad de la cotización.

6. Alegatos de conclusión:

6.1 COLPENSIONES.: Dentro de la oportunidad procesal solicitó que se revoque en su totalidad la sentencia de la a quo señalando para tal efecto que el traslado del actor se llevó a cabo de manera libre y voluntaria sin que mediara vicios del consentimiento; que la carga de la prueba está a cargo del demandante; que para la fecha del traslado no se exigía nada diferente al formulario de vinculación; que el traslado conlleva a una descapitalización del sistema; que el demandante se encuentra en la prohibición legal de traslado, además que no cumple con los presupuestos de la sentencia SU062 de 2010.

6.2 PORVENIR S.A.: Manifiesta que tal entidad cumplió con las obligaciones que le correspondían en materia de información, atendiendo a los parámetros establecidos en las normas vigentes para la época; que el traslado se realizó de manera libre y voluntaria; que cualquier orden respecto de la devolución de gastos de administración resulta improcedente, debiéndose aplicar las restituciones mutuas, además tienen una destinación específica por mandato legal; que tanto los gastos de administración como los seguros previsionales resultan improcedentes ordenar su devolución y para ello debe tenerse en cuenta los conceptos de la Superintendencia Financiera de Colombia y lo previsto en el artículo 7 del Decreto 3995 de 2008.

6.3 DEMANDANTE.: Solicita que sea confirmada la decisión que declaró la ineficacia del traslado, dado que no se cumplió con el deber de información, conforme la línea jurisprudencial que tiene la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral al respecto.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

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

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

4. Afiliación, cotización y traslado. Se encuentra demostrado que el señor GERMÁN GUILLERMO SANDOVAL PINZÓN, se afilió al otrora ISS, hoy COLPENSIONES desde el 13 de marzo de 1985, con cotizaciones hasta el 30 de abril de 1996, conforme aparece en la historia laboral (fol. 1 al 4 archivo historia laboral); que suscribió formulario de afiliación con PORVENIR S.A con fecha de 17 de abril de 1996 (fol. 29 archivo 10); que posteriormente se trasladó a PROTECCIÓN, el 22 de marzo del 2000 (Pág. 350 archivo No 17), y luego el 19 de febrero de 2002 pasó a COLFONDOS S.A (Fol 94 ARCHIVO 15), donde se encuentra actualmente, según su historia laboral de cotizaciones.

5. Carga probatoria y deber de información. Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en la AFP no en la demandante, en primer lugar, porque la omisión en torno al deber de información expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P., en segundo lugar, porque la **custodia de la documentación** así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993, y en tercer lugar, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328

de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

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

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

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1996-, debe recordarse por la Sala que la CSJ en sentencia SL1452 de 2019 identificó distintas etapas sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras, que corresponde a los siguientes periodos:

Etapas acumulativas	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, 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

Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.
--	--	--

Así, para la data en que la actora se trasladó a la AFP Porvenir S.A., esto es, 17 de abril de 1996, el deber de información se enmarca en el primer periodo, fecha en la cual se exigía una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado; entendiendo en esa primera etapa como información suficiente *"la obligación de dar a conocer al usuario, de la manera más amplia posible, todo lo relacionado sobre el producto o servicio que adquiere."* (SL1452 de 2019)

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

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

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

En el mismo sentido, la Sala observa que ninguna contradicción se presenta en el interrogatorio de parte, pues el actor fue consistente en manifestar que sólo dio cuenta de generalidades y los beneficios del RAIS, situación que llevaba a la AFP a demostrar que en efecto brindó la información de manera particular e integral al actor, presentándole todas las aristas de aquella decisión, pero nada de eso se encuentra acreditado, razón por la cual, se reafirma aún más la ineficacia por falta al deber de información.

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

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

7. Actos de relacionamiento. Aluden en su defensa los apoderados judiciales de las partes que debe tenerse en cuenta “los actos de relacionamiento” de que trata la sentencia SL3752 de 2020, ya que la actora estuvo por más de 20 años realizando cotizaciones en el RAIS sin plantear ninguna inconformidad.

Esta temática en efecto ha sido abordada por parte de la Sala de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia, quien ha tenido en cuenta los actos posteriores a la afiliación para convalidar la misma en el RAIS; no obstante, tal tesis fue objeto de acción de tutela, y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencia STP15228-2021 concluyó que la tesis de los llamados “actos de relacionamiento” modificaba o variaba la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral – permanente, ya que “*el análisis probatorio para determinar si se cumplió el deber de información en los actos de traslado de régimen pensional, debe ser antecedente o concomitante al mismo, sin tener en cuenta los actos posteriores que el afiliado hubiera podido realizar*”, tesis que en el caso concreto no modifica la decisión de instancia, pues la falta de información se juzga al momento del traslado sin importar los actos posteriores del afiliado y sin que el hecho de que el afiliado permanezca 20 o más años haga que se convalide la falta de información por la llamada tesis de los “actos de relacionamiento”.

7. Traslado entre varias administradoras del RAIS. En este punto, cabe resaltar lo doctrinado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, entre otras sentencias, la de radicado No. 31989 del 09 de septiembre de 2008, en la que expresó:

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

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

Así las cosas, el traslado entre AFP del mismo régimen, no convalida la ineficacia del traslado de régimen pensional prístino y, por tanto, una vez declarada la ineficacia del traslado de régimen pensional inicial del 17 de abril de 1996, queda sin efectos los consecutivos traslados efectuados al interior del RAIS, los que se itera, no convalidan el acto jurídico del traslado de régimen pensional, y en esa medida pervive el vicio de la falta de consentimiento informado para migrar al RAIS.

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

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

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

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

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

(...)

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

Conforme a ello, es claro que procede la devolución a Colpensiones de todos los aportes, cotizaciones y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración, comisiones, porcentajes destinados a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima por parte de la AFP codemandada, debidamente indexado (SL3321 del 26 de junio del 2021 y SL1637 del 11 de mayo de 2022).

Ahora, como en la sentencia de primer grado no se hizo extensiva la condena a la AFP PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A., aunado a que no congloba de manera expresa la devolución de los conceptos de gastos de administración, sumas adicionales de la aseguradora y descuentos para el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, habrá de adicionarse la sentencia en ese sentido. Adicionalmente, se ordenará que tales conceptos, como los demás ordenados por el A quo, al momento de la devolución se realicen debidamente indexados.

Lo anterior tiene estribo en que la sentencia se revisa en su integridad en el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones y de conformidad con los predicamentos contenidos en la sentencia C- 424 de 2015, en cuanto define el grado jurisdiccional de consulta, como: *"un control integral para corregir los errores en que haya podido incurrir el fallador de primera instancia, no está sujeto al principio de non reformatio in pejus"*, por tanto, se adicionará la sentencia en este tópico.

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

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

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

11. Costas. En segunda instancia no se impondrá costas a cargo de COLPENSIONES, dado que le prosperó parcialmente el recurso en lo relacionado con la devolución integral de los aportes. Las de primera instancia se confirman.

DECISIÓN

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

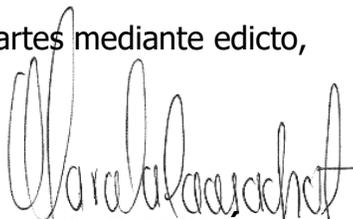
RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR al numeral **PRIMERO** de la sentencia proferida el 14 de julio de 2022, por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá, la **ORDEN** de que la condena impuesta a la AFP COLFONDOS S.A., se extiende también a la AFP PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A (durante la vigencia de la afiliación en cada AFP), trasladen a COLPENSIONES, si aún no lo han efectuado, además de los conceptos ordenados en el referido numeral, los **gastos de administración, sumas adicionales de la aseguradora y descuentos para el Fondo de Garantía de Pensión Mínima** de manera íntegra, **los cuales deberá asumir de sus propias utilidades**, sin que haya lugar a deducir alguna comisión o realizar descuentos a las cotizaciones, ordenando que dichos conceptos, se devuelvan debidamente indexados, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

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

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

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



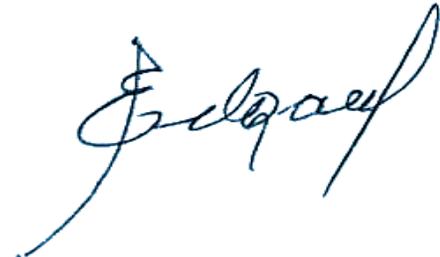
DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Magistrada

(En uso de permiso)

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

Magistrado



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

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



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: BLANCA INÉS ROJAS LEÓN
Demandada: COLPENSIONES
Radicado No.: 38-2021-00216-01
Tema: PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES- APELACIÓN DE SENTENCIA – REVOCA DE FORMA PARCIAL

Bogotá D.C., veintitrés (23) de septiembre de dos mil veintidós (2022)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA
ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Blanca Inés Rojas León instauró demanda ordinaria contra Colpensiones, con el propósito de que se declare que en calidad de cónyuge supérstite le asiste derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes del causante Luis Argemiro Doncel Moncada y, en consecuencia, solicitó se disponga a su favor su pago, junto con el retroactivo pensional causado, intereses moratorios del que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 y en forma subsidiaria indexación, los derechos que resulten probados con base en las facultades ultra y extra petita y, costas del proceso

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que, con Luis Argemiro Doncel Moncada, contrajo matrimonio católico el 16 de febrero de 1980, procreando producto de esa unión 3 hijos que ahora son mayores de edad e independientes económicamente. Sostuvo que compartió techo, lecho y mesa de manera permanente e ininterrumpida hasta el 27 de agosto de 2020, fecha en la que falleció; relación que estuvo enmarcada por sus notorios lazos efectivos, de apoyo económico, moral y espiritual, solidaridad y ayuda mutua, pues siempre tuvieron vocación de permanencia. Refirió que el vínculo matrimonial permaneció vigente hasta el día del fallecimiento del causante, toda vez que nunca se divorciaron ni se liquidó. Agregó que mediante Resolución No. SUB 1507 de 2018, al causante se le reconoció pensión de vejez, en cuantía de \$737.717. (Expediente electrónico, PDF 01DemandaOrdinaria20210504)

2. Contestación de la demanda

2.1. Colpensiones. Al momento de descorrer el término de traslado se opuso a la totalidad de pretensiones formuladas, indicando que no se logra probar convivencia dentro de los 5 años anteriores a la muerte del causante, por cuanto este sostenía vida marital con la señora Teresa Ramírez, quien actualmente goza la prestación económica. Frente a los hechos, aceptó los enlistados en los numerales 1.1°, 1.2°, 1.8°, 1.13°, 1.14°, 1.17°, 1.18° y 1.21°, relacionados con la existencia del vínculo matrimonial de la actora con el causante, misma que estuvo enmarcada por lapsos afectivos de apoyo económico, moral y espiritual, solidaridad y ayuda mutua, con vocación de permanencia; la procreación de hijos; fecha de fallecimiento y condición de pensionado del señor Luis Argemiro Doncel Moncada; reclamación administrativa y negativa en el reconocimiento pensional, dado a que la prestación le fue reconocida a Teresa Ramírez. Respecto de los demás los negó o no le constó. Formuló las excepciones de fondo que denominó falta de

integración del litisconsorcio necesario por pasiva, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe y genérica. (Expediente electrónico, PDF Contestación Blanca Inés Rojas León)

2.2. Teresa Ramírez. En auto del 23 de agosto de 2021, se dispuso su integración como litisconsorte necesario por pasiva y en tal carácter, la vinculada presentó escrito de intervención con oposición de las pretensiones de la demanda. Frente a los supuestos aceptó los enlistados en los numerales 1° a 3°, 11° a 14° y en lo que hace a los demás no le constó o dijo no ser ciertos. En su defensa argumentó que el causante y la actora se separaron de cuerpo aproximadamente en el año 2005 y desde el año 2009 y hasta el día de fallecimiento de aquel convivió bajo el mismo techo con la vinculada. Propuso como medio exceptivo previo la de falta de jurisdicción y competencia, sin formular excepciones de fondo. (Expediente electrónico, PDF CONTESTACIÓN DEMANDA)

3. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Expediente electrónico, PDF AgenciaNacional20210927); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 29 de julio del 2022, en la que el fallador declaró que la actora cumple con los requisitos exigidos en los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, modificados por los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003, para acceder en una proporción a la pensión de sobrevivientes en condición de cónyuge supérstite con sociedad conyugal vigente del causante Luis Argemiro Doncel Moncada. Así, condenó a la encartada a reconocer y pagar la prestación económica a partir del 27 de agosto de 2020, en un porcentaje del 79% de la mesada pensional percibida por el causante, suma sobre la cual deberá aplicarse los correspondientes reajustes de ley y pagar las mesadas adicionales a que haya lugar; lo anterior, sin perjuicio del acrecimiento del que puedan ser objeto su mesada pensional, con la eventual pérdida del derecho que le asiste a la señora Teresa Ramírez.

Así mismo, ordenó a Colpensiones a reconocer y pagar a favor de la demandante intereses moratorios causados a partir del 1° de marzo de 2021 y en adelante, hasta cuando se efectúe el correspondiente pago. Autorizó a la convocada a juicio descontar el porcentaje que en derecho corresponde con destino al Sistema de Seguridad Social en Salud. Se abstuvo de imponer carga alguna a la vinculada Teresa Ramírez, teniendo en cuenta que no propuso alguna pretensión específica en cuanto a su eventual derecho que se mantiene en un 21% de la pensión de sobrevivientes que se controvierte. Por último, gravó en costas a Colpensiones.

Para los fines que interesan a los recursos de apelación, señaló en primer lugar que no es objeto de controversia por las partes la condición de pensionado del señor Luis Argemiro Doncel Moncada. Sentado lo anterior, dijo con fundamento en el precedente jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que, la norma aplicable al reconocimiento de una eventual pensión de sobrevivientes, es aquella que está vigente al momento del fallecimiento del causante, que para el caso en concreto son los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003, dado a que aquel feneció el 27 de agosto de 2020.

Así, citó la preceptiva, para destacar que en caso de que la pensión de sobrevivientes se causa por muerte del pensionado, el cónyuge o compañera permanente supérstite deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haber convivido con el fallecido no menos de cinco años continuos con anterioridad al deceso. Precisó que en la ley se contempla que al no existir convivencia simultánea, pero se mantiene vigente la unión conyugal a pesar de mediar separación de hecho, la compañera

permanente podrá cobrar una cuota parte de lo correspondiente al literal a), en un porcentaje al tiempo convivido con el causante, siempre que haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento y la otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge; pero en caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años antes del fallecimiento, debe hacerse una distribución entre estas en proporción al tiempo que se acredite de la respectiva convivencia.

Bajo ese horizonte, se adentra al análisis del acervo probatorio, para significar que los dichos de los testimonios de los señores Héctor Alberto Díaz, Wilson Germán Mesa Báez y Jacqueline Ramírez Benavidez, resultan inconsistentes con las pruebas documentales que militan en el informativo y que dan cuenta de la misma versión del causante, tendiente a que su compañera permanente no era la accionante, sino, Blanca Inés Rojas León, quien no tiene la condición de beneficiaria de salud esta última, lo cual valorado con los demás medios de convicción lo llevaba a la conclusión de que la cónyuge supérstite en los últimos años de vida no tuvo convivencia con el fallecido, y por el contrario, si lo hizo la señora Teresa Ramírez en su condición de compañera permanente.

Apuntó a que en principio la demandante carece de vocación para efectos de acceder al reconocimiento pensional al no evidenciar de manera incontrastable la convivencia durante los últimos cinco años; sin embargo, aseveró que sino se mantiene esa convivencia simultánea, pero continúa vigente la unión conyugal a pesar de que existe separación de hecho, la compañera permanente puede reclamar una cuota parte en un porcentaje proporcional al tiempo convivido, siempre que haya sido superior a los últimos 5 años, aspecto que se evidencia en la litis respecto de la señora Teresa Ramírez, correspondiendo la otra cuota parte a la cónyuge supérstite.

Concluyó que la compañera permanente y cónyuge supérstite tienen vocación para acceder al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes en forma proporcional al tiempo de convivencia que puede deducirse del escenario probatorio, esto es, la primera de ellas desde 28 de diciembre de 2011 y hasta el 27 de agosto de 2020, mientras que la segunda entre el 16 de febrero de 1980 hasta el 26 de diciembre de 2011 (SIC), *“un día antes de la fecha obtenida por Colpensiones en la investigación administrativa”*.

En cuanto a los intereses moratorios esbozó que de conformidad con el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, comienza a contarse a partir de la expiración de los dos meses de que trata el artículo 1º de la Ley 717 de 2001. Así, dijo que la solicitud de la pensión de sobrevivientes elevada por la demandante se realizó el 29 de diciembre de 2020 y al haberse establecido que aquella debió entrar a disfrutar la prestación económica a partir del 27 de agosto de 2020, es procedente condenar a la accionada a su pago desde el 1 de marzo de 2021 (SIC), respecto del retroactivo pensional causadas. (Expediente electrónico, link <https://playback.lifefsize.com/#/publicvideo/d3338e48-3ed5-4d77-aa94-f9971fff0b6e?vcpubtoken=fe06ab13-f695-4d56-a7c9-af37804db633>).

5. Impugnación y límites del ad quem

5.1. Colpensiones. Inconforme con la anterior decisión formuló recurso de apelación argumentando que de conformidad con la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003, es indispensable acreditar convivencia durante los 5 años anteriores al fallecimiento del causante, sin embargo, evidenció que la demandante no logró acreditar tal requisito, pues aquello no se desprende del acervo probatorio del proceso y de la investigación administrativa. En efecto, refirió que del interrogatorio de parte la actora evidenció múltiples inconsistencias y respecto de la declaración que dio la señora Teresa Ramírez dijo que convivió con el causante desde el año 2011, lo que fue confirmado por la testigo Ingrid Johanna Pinzón Reyes. Por consiguiente, señaló que no procede el reconocimiento

pensional en tanto que la convivencia efectiva al momento del fallecimiento del causante constituye el hecho que legitima la pensión de sobrevivientes, criterio rector y real que debe ser satisfecho por la cónyuge o compañera permanente.

De otro lado, adujo que no debe ser condenada a intereses moratorios teniendo en cuenta que actuó de buena fe y que no era un caso que dé lugar a su pago; la misma suerte correrá la condena en costas, pues de conformidad con el artículo 48 de la Constitución Política, no se puede destinar recursos del sistema de seguridad social diferentes a ella.

5.2. Teresa Rodríguez. En sustento de su recurso de apelación manifestó que los medios de convicción evidenciaban que fue quien convivió con el causante durante los últimos diez años a su fallecimiento y, por el contrario, la actora no demostró en el decurso del proceso que hubiere sido siquiera la persona que estuvo en los últimos momentos de vida del señor Luis Argemiro Doncel Moncada. De esta manera, solicitó que debe ser quien reciba plenamente la pensión de sobrevivientes, debiendo ser revocada la sentencia de primera instancia. (Expediente electrónico, link <https://playback.lifefsize.com/#/publicvideo/d3338e48-3ed5-4d77-aa94-f9971fff0b6e?vcpubtoken=fe06ab13-f695-4d56-a7c9-af37804db633>).

6. Alegatos de conclusión

6.1. Demandante. Alegó en su favor aduciendo que se encuentra plenamente probado que el causante y su cónyuge contrajeron matrimonio católico el 16 de febrero de 1980, fecha desde la cual compartieron techo, lecho y mesa aproximadamente hasta el año 2011, unión que fue permanente e ininterrumpida entre la pareja, cumpliendo con los presupuestos legales para que se le reconozca pensión de sobrevivientes.

6.2. Colpensiones. En su escrito de alegaciones adujo que la demandante no acreditó la convivencia con el causante dentro de los 5 años anteriores al fallecimiento del causante, por ende, no tiene derecho al reconocimiento pensional, además, en tanto que tampoco se encuentra probada la dependencia económica existente por parte de la demandante.

6.3. Teresa Rodríguez. Indicó como sustento de sus alegaciones que acreditó que con el causante convivieron bajo el mismo techo, lecho y mesa desde el mes de diciembre de 2009, fecha para la cual el señor Doncel Moncada se había separado de cuerpo con la señora Blanca Inés Rojas hacía dos años aproximadamente, por tal razón, debe reconsiderarse la distribución de los porcentajes realizada por el A quo.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Principio de consonancia. Los recursos de apelación interpuestos por Colpensiones y Teresa Rodríguez se estudiarán de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS, que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad expuestos por las recurrentes y se estudiará en consulta en favor de la citada entidad en lo que le sea desfavorable de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 de la misma codificación.

2. Problemas Jurídicos. Corresponde a la sala dilucidar los siguientes: (i) ¿Blanca Inés Rojas León, en calidad de cónyuge supérstite del causante Luis Argemiro Doncel Moncada, reúne las condiciones legales para ser beneficiaria de la pensión de sobrevivientes por parte del Colpensiones?; (ii) ¿Se equivocó el Juez de primer grado al conceder los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, por considerar Colpensiones que actuó de buena fe al negar la prestación económica reclamada por la

demandante?; y ¿Hay lugar al reconocimiento y pago de costas procesales a favor de la actora y en contra de la demandada Colpensiones?

3. Fallecimiento. Previo a resolver los problemas jurídicos, lo primero que debemos advertir es que el fallecimiento del señor Luis Argemiro Doncel Moncada, se encuentra acreditado con el registro de defunción con indicativo serial núm. 08195489, el cual precisa que la fecha del deceso tuvo lugar el 27 de agosto de 2020. (Expediente electrónico, PDF 01DemandaOrdinaria20210504, pág. 19)

4. Normatividad aplicable. Resulta oportuno recordar que, en materia de pensión de sobrevivientes, la norma aplicable es justamente aquella que se encontraba vigente al momento en que ocurrió el deceso del pensionado, que para este caso no es otra que los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, con la modificación introducida por la Ley 797 de 2003, dado que el óbito se produjo el 12 de diciembre de 2019. (Criterio expuesto por nuestra CSJ en la sentencia SL 701-2020).

5. Calidad de pensionado del cujus. No se discute que Luis Argemiro Doncel Moncada fue pensionado por Colpensiones, por medio de la Resolución SUB 1507 del 4 de enero de 2018, lo cual es aceptado por la enjuiciada y se corrobora con el acto administrativo SUB 44887 de 19 de febrero de 2021.

6. Beneficiarios de la pensión de sobreviviente. El numeral 1º del art. 46 de la Ley 100 de 1993, modificado por el art. 12 de la Ley 797 del 2003 establece que tendrán derecho a la pensión de sobreviviente los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca.

7. Requisitos de la pensión de sobrevivientes. Acreditado como está, que el fallecido dejó causado el derecho para que sus posibles beneficiarios puedan acceder a la pensión de sobrevivientes, conviene resaltar el contenido del literal a) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 del 2003, que señala que son beneficiarios de la pensión de sobreviviente en forma vitalicia el cónyuge o la compañera permanente supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario a la fecha del fallecimiento del causante tenga 30 o más años. Indica además la norma, que en caso de que la pensión de sobreviviente se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera permanente deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de 5 años continuos con anterioridad a su muerte, siendo del caso precisar que la cónyuge supérstite debe acreditar dicha exigencia en cualquier tiempo.

8. Tiempo de convivencia. Conforme a lo anterior, se procede a revisar este aspecto, para lo cual ha de tenerse en cuenta que en los términos del inciso 4º del artículo 47 de la Ley 100 de 1993 modificado por la Ley 797 del 2003, en caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una *compañera o compañero permanente*, la beneficiaria o el beneficiario de la pensión de sobreviviente será la esposa o el esposo. Si no existe convivencia simultánea y se mantiene vigente la unión conyugal, pero hay una separación de hecho, la compañera o compañero permanente podrá reclamar una cuota parte de lo correspondiente al literal a) en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante. La otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente.

La Corte Constitucional mediante la sentencia C 1035 del 22 de octubre del 2008, declaró condicionalmente exequible el aparte subrayado en el entendido de que además de la esposa o el esposo, serán también beneficiarios la compañera o compañero permanente

y que dicha pensión se dividirá entre ellos en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.

Bajo ese contexto, se procede a revisar si la cónyuge o compañera permanente cumplen con las exigencias normativas para acceder a la pensión de sobrevivientes deprecada, de la siguiente manera:

9. Derecho reclamado por la señora Blanca Inés Rojas León

9.1. Edad. Con relación al primer requisito no existe reparo alguno, puesto que nació el 7 de agosto de 1959, según da fe la copia de su cédula de ciudadanía (Expediente electrónico, PDF 01DemandaOrdinaria20210504, pág. 18), luego para la muerte del señor Luis Argemiro Doncel Moncada contaba con 61 años cumplidos, punto que no fue objeto de controversia por la pasiva.

9.2. Calidad de cónyuge supérstite. Como se anunció, para tener derecho a la pensión de sobrevivientes la cónyuge debe acreditar dicha calidad a la fecha del óbito, lo cual en efecto se encuentra demostrado en el caso analizado, en tanto la señora Blanca Inés Rojas León contrajo matrimonio con el señor Luis Argemiro Doncel Moncada el 16 de febrero de 1980 (Expediente electrónico, PDF 01DemandaOrdinaria20210504, pág. 20), sin que aparezca anotación que describa modificaciones al estado registrado.

9.3. Prueba de la convivencia de la cónyuge. Para determinar si hubo convivencia *efectiva, real y material* entre la pareja antes del fallecimiento del señor Luis Argemiro Doncel Moncada, y teniendo en cuenta que la demandada arguye que este requisito se encuentra acreditado con las pruebas obrantes en el plenario, se procede a revisar el cartulario encontrando que se recaudó la declaración de Jacqueline Ramírez Benavidez (vecina de la pareja), quien manifestó que los conoció desde el año 1993 en una casa del de la localidad de Fontibón, donde habitaba la actora con su mamá, hermanas, esposo e hijos; actualmente residiendo donde una hermana. Informó que unos días antes de su fallecimiento, al señor Doncel lo observó residiendo en la casa con la actora, a quienes siempre los miraba juntos desde el año 1993, además, dijo que asistió a las honras fúnebres del causante y no evidenció que asistiera a la señora Teresa Ramírez, a quien tampoco conoce. Agregó que el señor Doncel trabajaba como guarda de seguridad y producto de un infarto pereció, momento en el que la demandante se hallaba en su casa, mientras que el causante en la casa de su hermana. Por último, sostuvo que la pareja no se separó, que la señora Blanca Inés Rojas León era beneficiaria en salud de su hijo, aunado a que las festividades la pareja la pasaba junto con sus hijos.

Incorporó la demandante el testimonio del señor Wilson Germán Mesa Báez quien de entrada refiere que era amigo del señor Luis Argemiro Doncel Moncada, conociendo a la pareja como esposos, quienes siempre actuaban juntos, aspecto que lo vino a saber dada la invitación que le hicieron aproximadamente hace 3 años previo al fallecimiento. Refirió que aquel feneció en el año 2020 sin saber su causa, asistiendo a sus honras fúnebres, además, lo vio dos meses anteriores al deceso y asistió a su casa tres meses antes de esa fecha. Aseguró que no tuvo conocimiento si él tenía otra relación sentimental diferente a la de Blanca Inés Rojas León, tampoco que estuviese separado, además, adujo que vio manifestaciones de pareja con el fallecido.

También declaró el señor Héctor Alberto Díaz, vecino de la demandante, quien dio fe de la convivencia entre la señora Rojas y el pensionado, afirmación que respalda en el hecho de conocer a la pareja hace 40 años, quienes habitaban en la casa de la mamá de ella, en el segundo piso, junto con sus hijos. Dijo que vio en el hogar a la pareja días anteriores a su fallecimiento, sin que haya sabido que se separaron, además, su esposa era

beneficiaria de salud de uno de sus hijos, dado a que el causante no contaba constantemente con trabajo y se encontraba en tratamiento contra el cáncer. Aseguró que el señor Luis falleció en casa de una hermana, dado a que la frecuentaba, además, no supo de otra relación sentimental distinta a la de Blanca Inés Rojas León.

Ahora, en igual sentido la señora Blanca Inés Rojas León en interrogatorio de parte surtido explicó que se casó el 16 de febrero de 1980, residiendo en la casa de su señora madre pese al lapso que vivió en el año 2014 a 2016, en la residencia de su hija. Manifestó que la última vez que vio con vida al causante fue el 25 de agosto de 2020, asegurando que se ausentaba de su lugar de residencia debido a que se dirigía donde una cuñada a cuidar la casa. Refirió que su cónyuge tenía un horario de trabajo de 12 horas y laboraba en el Edificio San Clemente, además, afirmó que no es beneficiaria en salud del fallecido, dado que se encontraba en tal calidad de su hijo, por su tratamiento oncológico, además, que el día de fallecimiento de su esposo no se encontraba y quienes se encargaron de los trámites del sepelio fueron sus hijos.

Así entonces, contrario a lo concluido por el A quo, los testigos de la promotora de la litis con contundencia dieron cuenta de una convivencia real y efectiva, sin interrupciones que se consolidó a partir del vínculo matrimonial y perduró hasta el deceso de aquél. Al unísono declararon que de cujus nunca abandonó el hogar y siempre prodigó por su manutención y sostenimiento. Versiones que resultan creíbles para la Sala, debido a su consonancia y consistencia, pues se encuentran respaldadas por la narración de las circunstancias concretas de tiempo, modo y lugar en que percibieron los hechos, dejando entrever que presenciaron de manera directa todos los actos propios de la relación afectiva y convivencia entre la pareja dado el vínculo de amistad y vecindad, señalando conjuntamente la inexistencia de otra relación sentimental diferente a la de Blanca Inés Rojas León y el causante.

Forzoso es concluir entonces, que la señora Blanca Inés Rojas León allegó prueba idónea que demostró convivencia que aduce tuvo con el causante durante los últimos cinco (5) años de vida de éste y que exige el art. 47 de la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 de 2003, para acceder a la pensión de sobrevivientes.

Siendo claro lo anterior, para la Sala el período de convivencia entre el pensionado fallecido y la demandante que debe tenerse en cuenta para la pensión de sobrevivientes es el comprendido entre el 16 de febrero de 1980 al 27 de agosto de 2020. Sin embargo, como el periodo de convivencia que fue definido por el A quo no fue materia de apelación por la parte demandante, debe mantenerse incólume en lo que hace este punto la decisión de primer grado, dado a que no le es permitido a la Sala hacer más gravosa la situación de la apelante única que lo es la parte accionada.

Sentado lo anterior, la Sala se pronunciará respecto del derecho que le asiste a la llamada a integrar la Litis, señora Teresa Rodríguez.

10. Derecho reclamado por Teresa Rodríguez

10.1. Edad. Con relación al primer requisito no existe reparo alguno, puesto que la señora Teresa Rodríguez nació el 22 de septiembre de 1965, según da cuenta su copia de cédula de ciudadanía (expediente administrativo), luego para la muerte del señor Luis Argemiro Doncel Moncada, contaba con 55 años cumplidos, punto que no fue objeto de controversia por la pasiva y demandante.

10.2. Calidad de compañera permanente. Ha de precisarse que en tratándose de compañera permanente no es dable exigirle la convivencia de 2 años que trae el Decreto

1889 de 1994, sino que ha de acudir a la noción constitucional de familia, por ello debemos remitirnos a la sentencia C 521 de 2007, en la que se señaló que se entiende por familia *"Aquella comunidad de personas emparentadas entre sí por vínculos naturales o jurídicos, que funda su existencia en el amor, el respeto y la solidaridad, y que se caracteriza por la unidad de vida o de destino que liga íntimamente a sus miembros o integrantes más próximos"*.

Así mismo, en sentencia en la sentencia SU 337 de 2017, se señaló: *"(...) acorde con lo dispuesto en el inciso primero del art. 42, la familia "se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla", disposición que, como lo han entendido el legislador y la jurisprudencia, incluye al compañero o compañera permanente, superándose con ello una visión tradicional y restringida de familia que no se corresponde con la realidad colombiana del siglo XXI."*

10.3. Prueba de la convivencia de compañera permanente. En relación con este aspecto, debiera empezar la Sala por analizar el acopio probatorio en ánimo de establecer si la señora Teresa Rodríguez, quien aduce la calidad de compañera permanente, acreditó convivencia con el causante durante los últimos 5 años anteriores a producirse su muerte; no obstante, éste supuesto no fue controvertido ni por Colpensiones tampoco por la demandante, además que sin dificultad se corrobora de los distintos medios de prueba el vínculo afectivo y la comunidad de vida que tuvo con el causante desde el año 2011 hasta 27 agosto de 2020 fecha en que se produce su fallecimiento, tal y como lo sostuvo en diligencia de interrogatorio de parte y lo ratifica el testimonio de Ingrid Johanna Pinzón Reyes, empleadora de la vinculada y las pruebas documentales adosadas al cartapacio, entre estas, el resultado de la investigación administrativa realizada por Colpensiones.

En efecto, la convocada a juicio esgrime que la convivencia inició desde el 27 de diciembre de 2009 y se mantuvo hasta el óbito del señor Luis Argemiro Doncel Moncada, y para ello trae al cartulario declaración extra juicio del mismo pensionado y Teresa Ramírez suscrita ante notario público el 1 de febrero de 2018, misma en la que se anotó *"que convivimos en unión libre y bajo el mismo techo desde hace seis (6) años"*; además, la certificación de afiliación al subsistema de seguridad social en salud, en la que se registra que fue beneficiaria del fallecido para la data en que le fue reconocida la pensión de vejez. Por último, de lo arrojado en la investigación administrativa especial realizada por Colpensiones, se determinó que a pesar de que aquella omitió informar que el causante contaba con matrimonio y sociedad conyugal vigente con Blanca Inés Rojas León, corroboró que convivió con él los últimos 5 años anteriores a su fallecimiento.

En lo atinente a la prueba testimonial, compareció a declarar la señora Ingrid Johanna Pinzón Reyes, empleadora de Teresa Ramírez y quien recuerda que la conoció en el año 2009 por recomendación de una tía suya, fecha a partir de la cual inició labores como empleada del servicio doméstico, posteriormente en una cafetería de propiedad de su progenitora, siendo afiliada al sistema de seguridad social hasta el 2018, data para la cual Luis Doncel la afilió como beneficiaria en salud. Dijo que desde que conoció a la señora Teresa Ramírez era pareja con aquel, dado a que así se lo dijo y lo corroboró al visitar el hogar en fechas especiales. Expuso que su esposo falleció en casa de una hermana, quien le tenía arrendado a él y su compañera permanente el primer piso, a la que no entró. Además, aseveró que asistió al sepelio, costo que se sufragó en virtud de un seguro del que era beneficiario por parte de un hijo, aunado a que se le pidió asistir en horas de la mañana con el fin de evitar una contrariedad con Blanca Inés Rojas León, pues ellas estaban "turnadas" para asistir a las honras fúnebres en horas diferentes. Aclaró que el causante le manifestó que siguió viviendo con su cónyuge, a pesar de que dormía en un cuarto de servicio y que con posterioridad se fue a vivir con su compañera permanente.

Entonces, ninguna discusión genera en la alzada el hecho de que la señora Teresa Rodríguez acreditó el requisito de la convivencia con el causante durante los últimos 5

años anteriores a su deceso, no sólo porque tal aspecto no fue objeto de reproche, sino, en tanto ello emerge de los medios de convicción allegados al proceso, que dan cuenta sobre comunidad de vida con vocación de permanencia y que se mantuvo hasta producirse la muerte del causante, sin que exista un solo elemento probatorio que desvirtúe esa convivencia o que de indicios siquiera que se hubiera visto interrumpida temporalmente.

Luego acreditada por la señora Teresa Ramírez una convivencia exclusiva con el causante dentro de los 5 años anteriores a producirse su fallecimiento, como compañeros permanentes y demostrada la existencia del vínculo matrimonial vigente con Blanca Inés Rojas León, se sigue mantener en firme las inferencias que tomó el A quo, según las cuales ambas deben recurrir en proporción de la pensión de sobrevivientes, atendiendo al tiempo de convivencia y a los porcentajes que les adjudicó el fallador de primer grado, pues tal aspecto tampoco fue materia de controversia.

12. Prescripción. En cuanto a la excepción de prescripción, tenemos que ninguna mesada se encuentra afecta por tal medio extintor, ya que la obligación se hizo exigible a partir del 27 de agosto de 2020, la reclamación administrativa se presentó el 29 de diciembre de 2020, que fue resuelta a través de Resolución SUB 44887 del 19 de febrero de 2021, a partir de allí debía accionar por la vía judicial el reconocimiento pensional, y como quiera que entre la exigibilidad del derecho, la resolución y la presentación de la demanda, que lo fue el 3 de mayo de 2021, no corrieron más de los 3 años de que trata el artículo 151 del C.P.L y de la S.S., hay lugar a prohiar que no operó el fenómeno prescriptivo.

13. Intereses moratorios. Al respecto, valga traer a colación la doctrina constitucional replicada por la H. Corte Constitucional en múltiples sentencias de tutela y unificadas, como en la sentencia SU-230 de 2015, en la que reiteró la posición vertida en la Sentencia C-601 de 2000 y más recientemente en la sentencia SU-065 de 2018, según la cual los intereses moratorios previstos en el art. 141 de la ley 100 de 1993, se causan por el solo hecho de la cancelación tardía de las mesadas pensionales, en aplicación del artículo 53 Superior, y son aplicables a **todo tipo de pensiones** reconocidas en virtud de un **mandato legal, convencional o particular**. Inclusive, con independencia de que su derecho haya sido reconocido con fundamento en la **Ley 100 de 1993 o una ley o régimen anterior**.

En este punto, resulta relevante destacar que, aunque en sentencia **SL1681-2020**, se sentó el criterio de que los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 aplican a todo tipo de pensiones legales, **reconocidas con posterioridad a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones**, la Sala, en virtud del respeto del precedente constitucional y en especial a la fuerza vinculante que deviene de la ratio decidendi de las sentencias de control abstracto y unificación de la Corte Constitucional, acoge en su integridad el criterio que sobre la materia se encuentra fijado en las sentencias C-601 de 2000, SU-230 de 2015 y SU-065 de 2018, según las cuales los señalados réditos aplican para **todo tipo de pensiones, aun cuando se haya causado con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993**.

Posición que se repite ha de ser atendida por esta Corporación, como quiera que las decisiones de la citada suprema autoridad constitucional son obligatorias y vinculantes, tanto en la parte resolutive como en su ratio decidendi, es decir, en la regla que sirve para resolver la controversia, sin que exista una razón de peso que justifique apartarse de las mismas, por lo que resulta imperativo su observancia en acatamiento del precedente constitucional. Así las cosas, la Sala concluye que los intereses moratorios deben aplicarse a todo tipo de pensiones, con independencia de que el derecho pensional se haya causado con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, criterio

que valga decir coincide con la aclaración de voto que el Magistrado, Dr. Gerardo Botero Zuluaga, realizó frente a la SL1681-2020, considerando que en armonía con la sentencia C-601 de 2000 y SU 065 de 2018, la autoridad constitucional en "*sede de control abstracto, indica que las entidades encargadas del reconocimiento de prestaciones propias del sistema de seguridad social están obligadas a reconocer el pago de intereses por mora a los pensionados a quienes se les ha reconocido su derecho prestacional en virtud de un mandato legal, convencional o particular. Inclusive, ello sucede con independencia de que su derecho haya sido reconocido con fundamento en la Ley 100 de 1993 o una ley o régimen anterior, por lo que la moratoria se causa por el solo hecho de la cancelación tardía de las mesadas pensionales, en aplicación del artículo 53 Superior*"

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

Descendiendo al caso objeto de estudio, encuentra la Sala que no procede esta condena toda vez que existieron razones atendibles y serias mediante las cuales Colpensiones negó la prestación económica reclamada, ello en atención a que, tuvo que reconocer la pensión de sobreviviente únicamente a la beneficiaria que la petitionó en ese momento, esto es, a la señora Teresa Ramírez quien se presentó como compañera permanente del causante, demostrando tal calidad, oportunidad en la cual no concurrió la cónyuge supérstite, pues lo hizo con posterioridad, de allí la negativa en el reconocimiento pensional que en su momento efectuó a través de la Resolución SUB 44887 del 19 de febrero de 2021, no siendo por tanto caprichosa; a lo que debe agregarse que otra de las razones que tuvo en cuenta la entidad para argumentar la negativa, estuvo dirigida a precaver un doble pago, con miras a no afectar la sostenibilidad financiera del sistema, aspecto que solo a través de este proceso judicial es que se define, declarando que la actora tiene el derecho al retroactivo pensional bajo las consideraciones que se esgrimieron con anterioridad.

Por lo dicho, erró la juez de primer grado al conceder los réditos reclamados, como quiera que la pensión que aquí se reconoce fue negada por la convocada a juicio, con argumentos atendibles, ante el conflicto entre cónyuge y compañera permanente, además, atendiendo que la Ley 1204 de 2008 dispuso que en caso de disputa entre la cónyuge y la compañera permanente del causante, a efectos del reconocimiento de la pensión de sobreviviente, la misma debía quedar en suspenso hasta que la jurisdicción competente definiera a quien se le debía asignar y en qué proporción, razón suficiente para no predicar mora alguna en el reconocimiento pensional.

Así las cosas, se sigue revocar parcialmente la sentencia consultada y apelada en lo que refiere a la condena sobre intereses moratorios.

12. Indexación de las mesadas adeudadas. Atendiendo a que no procede los intereses moratorios, se ordenará que las mesadas causas y no canceladas sean indexadas, ello ante su evidente devaluación monetaria, por lo que deberá tenerse en cuenta como IPC inicial el 27 de agosto de 2020 y como IPC final, el que corresponda al momento de su pago.

13. Costas procesales de primera instancia. Por último, en lo atinente al recurso de apelación de Colpensiones referente a las costas que impuso el juzgador de primer grado en su contra, cumple recordar que el artículo 365 del CGP prevé que se debe condenar en costas a la parte vencida en el proceso y si bien, el artículo 6 de la Ley 1204 de 2008 prevé que ante la controversia entre cónyuges y compañera(o) permanente la prestación debe quedar en suspenso mientras la jurisdicción dirima el conflicto, lo cierto es que en el presente caso, existió una clara oposición al reconocimiento de las prestación por parte de la convocada a juicio como se desprende del contenido de la contestación de la demanda con respecto a la señora Blanca Inés Rojas León, por manera que no es procedente su revocatoria como lo pretende su apoderada en sustento de la alzada.

14. Costas procesales en segunda instancia. Sin costas en esta instancia, por no haberse causado.

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

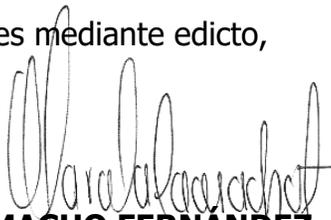
RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR el numeral 3° de la sentencia proferida el 29 de julio del 2022, por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar ordenar que las sumas condenadas por concepto de mesadas pensionales causadas y no canceladas sean indexadas teniendo como IPC inicial el 27 de agosto de 2020 y como IPC final al momento de su pago, conforme a lo motivado.

SEGUNDO: En lo demás, mantener incólume la decisión por el A quo.

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

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: LELIO BENÍTEZ CORONADO
Demandados: COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.
Radicación: 110013105-017-2019-00625-01
Tema: INEFICACIA DE TRASLADO - CONFIRMA

Bogotá D.C., treinta (30) de septiembre de dos mil veintidós (2022)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

AUTO

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

SENTENCIA ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. LELIO BENÍTEZ CORONADO, instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES y AFP PORVENIR S.A. con el fin de que se declare la anulación de la afiliación al RAIS y, en consecuencia, se ordene a PORVENIR S.A. trasladar el capital y los rendimientos financieros a COLPENSIONES; que se ordene a COLPENSIONES a recibir los valores trasladados y a contabilizarlos en su historia laboral; que se ordene a COLPENSIONES a reconocer y pagar la pensión de vejez una vez cumpla los requisitos, lo ultra y extra petita y las costas del proceso.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que inició cotizaciones al régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS, desde el 14 de noviembre de 1978 hasta el 29 de julio de 1994; que en agosto de 1994 suscribió vinculación al RAIS a través de PORVENIR S.A., sin ningún tipo de asesoría, ni información relacionada con los beneficios, ventajas o desventajas que ofrecía el traslado entre regímenes, tampoco los eventuales riesgos que podía tener tal decisión; que el 13 de junio de 2019 radicó reclamación ante COLPENSIONES solicitando el traslado de régimen, pero le fue negada a través de respuesta del 20 de junio de 2019; que cuenta con 61 años de edad y tiene 1.793 semanas cotizadas. (Expediente electrónico, PDF 01 2019-625 ORD. 9 a 11)

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma; sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente PROCESO. (Expediente electrónico, PDF 01 2019-625 ORD. 340)

3. Contestación de la demanda

3.1. Colpensiones. En su respuesta se opuso a las pretensiones de la demanda aduciendo que no obra prueba alguna de que al actor se le hubiese hecho incurrido en error; que el traslado se realizó con plena voluntad del cotizante, quien por decisión propia solicitó suscribir el formulario de afiliación a PORVENIR S.A.; que el actor se encuentra en

la prohibición legal de retornar a COLPENSIONES, de conformidad con el artículo 2 de la ley 797; que el actor lleva más de 20 años afiliado en el RAIS, con lo cual ratificó su deseo de permanecer en el RAIS. Propuso las excepciones de fondo las que denominó aplicación del precedente establecido en la sentencia SL373 de 2021, el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe, y la innominada o genérica. (Expediente electrónico, PDF 01 2019-625 ORD. Contestación Colpensiones 244 a 266)

3.2. AFP Porvenir S.A. Como réplica a la demanda, se opuso a todas las pretensiones alegando que el traslado de régimen pensional es válido, por cuanto brindó información pertinente y necesaria, suscribiendo el formulario de afiliación de manera libre y espontánea y completamente informada. Refirió que aquella no allegó prueba sumaria de las razones que sustentan la ineficacia o nulidad de la afiliación, por lo tanto, se encuentra válidamente afiliada al RAIS. Propuso como excepciones de fondo las que denominó prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, y buena fe. (Expediente electrónico, PDF 01 2019-625 ORD. contestación PORVENIR 94 a 109)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 19 de julio de 2022, en la que el fallador de primera instancia declaró que el traslado del señor LELIO BENÍTEZ CORONADO, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS, administrado en su momento por Colpatria S.A., hoy PORVENIR S.A., fue ineficaz, y por consiguiente no produjo efectos jurídicos; condenó a la AFP PORVENIR S.A. a devolver con destino a COLPENSIONES, las cotizaciones, sumas adicionales de la aseguradora, bonos pensionales, con sus frutos, rendimientos e intereses, incluyendo además gastos de administración y comisiones, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y los porcentajes destinados a conformar el fondo de garantía de pensión mínima, ello debidamente indexado y con cargo a sus propias utilidades; ordenó a COLPENSIONES a recibir los aportes y convalidarlos en su historia laboral, así como a estudiar el derecho pensional invocado por el demandante. Finalmente, condenó en costas a las demandadas.

El a quo fundamentó su decisión en el criterio de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL-65791 del 8 de mayo de 2019, en virtud de la cual, según lo previsto en los artículos 13, literal b) y 271 de la ley 100 de 1993, lo que debe analizarse es sí el acto jurídico resulta eficaz. Por lo tanto, debe verificarse si la respectiva administradora puso en conocimiento del afiliado los riesgos que implicaba el traslado del régimen.

En ese sentido, consideró que no podría argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen la incidencia que ella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con la suscripción del formulario de afiliación.

En conclusión, el a quo consideró que PORVENIR S.A. no logró demostrar que haya informado al actor de manera clara y detallada los beneficios y consecuencias del traslado, ni tampoco allegó pruebas de haber brindado la información, entre otras características que estaban en cabeza de la AFP, por lo que, la consecuencia no es otra que declarar ineficaz el traslado de régimen, con la devolución por parte de PORVENIR S.A. de las cotizaciones, sumas adicionales de la aseguradora, bonos pensionales, con sus frutos, rendimientos e intereses, incluyendo además gastos de administración y comisiones, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y los porcentajes destinados a conformar el fondo de garantía de pensión mínima, ello debidamente indexado y con cargo a sus propias utilidades.

Frente a COLPENSIONES ordenó que reciba los aportes y los convalide en su historia laboral, así como estudiar el derecho pensional invocado por el demandante.

5. Impugnación y límites del ad quem. En oportunidad procesal pertinente, se interpuso recurso de apelación por las siguientes partes procesales:

5.1 PORVENIR S.A.: Interpuso recurso de apelación señalando que aunque existe una línea jurisprudencial respecto a la ineficacia por el deber de información, la misma Corte Suprema de Justicia, señala que se debe estar ante los mismos supuestos facticos y en el caso del demandante no hay similitud entre los hechos y la línea que aplica la ineficacia, por lo que, no existiendo razones de hecho ni de derecho que den paso a la existencia de la ineficacia; que la decisión tomada por el actor se dio de manera libre y voluntaria y sin coacción; que durante todo el tiempo que ha venido afiliado el demandante no tuvo problema alguno con la AFP; que el traslado de los aportes como lo hizo el a quo, conlleva a un enriquecimiento sin justa causa; que no son procedentes la devolución de rendimientos y gastos de administración, ya que estos últimos fueron descontados por disposición; que el Decreto 3935 de 2008 menciona cuáles son los dineros que se trasladan cuando existe un cambio de régimen; que las sumas de la aseguradora no se encuentran en su poder, por lo que son improcedentes, y ya no están en su poder, además que se garantizó la cobertura durante su afiliación; que los rendimientos financieros no se hubieran causado nunca en el régimen de prima media que administra Colpensiones.

5.2 COLPENSIONES: Manifiesta que no es procedente las costas del proceso debido a que una vez declarada la ineficacia pasaría a ser la nueva administradora y además solo ha cumplido con las disposiciones legales, como la negativa del traslado al encontrarse a menos de 10 años para cumplir los requisitos pensionales, razón por la cual, regresaría a COLPENSIONES solo producto de la ineficacia declarada en vía judicial.

6. Alegatos de conclusión.

6.1 COLPENSIONES.: Dentro de la oportunidad procesal solicitó que se revoque en su totalidad la sentencia de la a quo señalando para tal efecto que el traslado del actor se llevó a cabo de manera libre y voluntaria sin que mediara vicios del consentimiento; que la carga de la prueba está a cargo del demandante; que para la fecha del traslado no se exigía nada diferente al formulario de vinculación; que el traslado conlleva a una descapitalización del sistema; que el demandante se encuentra en la prohibición legal de traslado, además que no cumple con los presupuestos de la sentencia SU062 de 2010.

6.2 PORVENIR S.A.: Manifiesta que tal entidad cumplió con las obligaciones que le correspondían en materia de información, atendiendo a los parámetros establecidos en las normas vigentes para la época; que el traslado se realizó de manera libre y voluntaria; que cualquier orden respecto de la devolución de gastos de administración resulta improcedente, debiéndose aplicar las restituciones mutuas, además tienen una destinación específica por mandato legal; que tanto los gastos de administración como los seguros previsionales resultan improcedentes ordenar su devolución y para ello debe tenerse en cuenta los conceptos de la Superintendencia Financiera de Colombia y lo previsto en el artículo 7 del Decreto 3995 de 2008; que ordenar la indexación constituye una doble condena a cargo de la AFP.

6.3 DEMANDANTE.: Solicita que sea confirmada la decisión que declaró la ineficacia del traslado, dado que no se cumplió con el deber de información, conforme la línea jurisprudencial que tiene la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral al respecto.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

2. Problema jurídico. Corresponde a la Sala dilucidar el siguiente problema jurídico principal: ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por el accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes problemas **jurídicos secundarios:** (i) ¿Los aportes o cotizaciones son requisito de validez del acto jurídico de afiliación? (ii) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que el actor se trasladó de régimen?; (iii) ¿La AFP privada está obligada a devolver a Colpensiones sumas descontadas por gastos de administración, comisiones, seguros provisionales y rendimientos debidamente indexado?; (iv) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación del demandante?; y (v) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

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

4. Afiliación, cotización y traslado. Se encuentra demostrado que el señor LELIO BENÍTEZ CORONADO se afilió al otrora ISS, hoy Colpensiones desde el 14 de septiembre de 1978 hasta el 29 de julio de 1994 conforme aparece en la historia expedido por COLPENSIONES (Fols. 346 archivo No 2019-625); que el 30 de julio de 1994 se trasladó a COLPATRIA, hoy PORVENIR S.A., según formulario de afiliación (Fols. 126 archivo 2019-625), entidad donde se encuentra actualmente, según su historia laboral de cotizaciones. (Expediente electrónico 2019-625 fl. contestación de porvenir 148-153 y 157 y 161)

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

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

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

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

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1994-, debe recordarse por la Sala que la CSJ en sentencia SL1452 de 2019 identificó distintas etapas sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras, que corresponde a los siguientes periodos:

Etapas acumulativas	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, 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
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Así, para la data en que el actor se trasladó a la AFP Porvenir S.A., esto es, 30 de julio de 1994, el deber de información se enmarca en el primer periodo, fecha en la cual se exigía una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado; entendiéndose en esa primera etapa como información suficiente *"la obligación de dar a conocer al usuario, de la manera más amplia posible, todo lo relacionado sobre el producto o servicio que adquiere."* (SL1452 de 2019)

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

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

Por tanto, la AFP demandada sí estaba en la obligación de proporcionar al demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarlo como potencial afiliado, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarlo de tomar una opción que claramente le perjudica, de manera que se equivocan las AFP al considerar desde la óptica de los vicios del consentimiento que en el presente caso no se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, como quiera que es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que a la parte actora se le debió garantizar la debida asesoría al momento de su traslado, a fin de que su decisión estuviera precedida de un consentimiento informado.

En el mismo sentido, la Sala observa que ninguna contradicción se presenta en el interrogatorio de parte, pues el actor fue consistente en manifestar que sólo dio cuenta de generalidades y los beneficios del RAIS, situación que llevaba a la AFP a demostrar que en efecto brindó la información de manera particular e integral a la actora, presentándole todas las aristas de aquella decisión, pero nada de eso se encuentra acreditado, razón por la cual, se reafirma aún más la ineficacia por falta al deber de información.

Finalmente, es necesario precisar que en el presente caso no es necesario estudiar si el demandante está o no dentro de la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003 la cual

no permite que los afiliados se trasladen cuando les falten 10 años o menos para adquirir la edad mínima para pensionarse, ni tampoco si cumple con los requisitos establecidas en la sentencia SU 062 del 2010, como quiera que no nos encontramos frente a una **solicitud de traslado** sino de ineficacia del traslado.

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

7. Actos de relacionamiento. Esta temática en efecto ha sido abordada por parte de la Sala de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia, quien ha tenido en cuenta los actos posteriores a la afiliación para convalidar la misma en el RAIS; no obstante, tal tesis fue objeto de acción de tutela, y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencia STP15228-2021 concluyó que la tesis de los llamados "actos de relacionamiento" modificaba o variaba la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral – permanente, ya que "*el análisis probatorio para determinar si se cumplió el deber de información en los actos de traslado de régimen pensional, debe ser antecedente o concomitante al mismo, sin tener en cuenta los actos posteriores que el afiliado hubiera podido realizar*", tesis que en el caso concreto no modifica la decisión de instancia, pues la falta de información se juzga al momento del traslado sin importar los actos posteriores del afiliado, sin que el hecho de que el afiliado permanezca 20 o más años haga que se convalide la falta de información por la llamada tesis de los "actos de relacionamiento".

8. Aceptación de aportes y activación de la afiliación. Es necesario precisar, que al quedar sin efecto la afiliación al RAIS del demandante es claro que su vinculación con Colpensiones quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de la AFP codemandada los aportes efectuados por aquella a ésta a fin de que reposen en la historia laboral de la entidad, quien está en la obligación de activarla en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

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

9. Consecuencias de la declaratoria de ineficacia -devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos. Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adoctrinado, entre otras, en la sentencia

SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros**. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a **devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021).

Conforme a ello, es claro que procede la devolución de todos los aportes, cotizaciones, y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración, descuentos para el fondo de garantía de pensión mínima y comisiones o sumas adicionales de la aseguradora por parte de PORVENIR S.A. (durante el tiempo de permanencia del actor en la AFP), con destino a COLPENSIONES, debidamente indexado (SL3321 del 26 de junio del 2021 y SL1637 del 11 de mayo de 2022).

En el sub examine, una vez revisada la decisión de instancia, la misma congloba de manera expresa los conceptos atrás referidos, junto con la indexación y, por ende, habrá de confirmarse la sentencia en este ítem.

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

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

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

Finalmente, ninguna disquisición se hará respecto a la orden de que COLPENSIONES una vez actualice la historia laboral estudie la pensión de vejez, dado que la parte actora no presente disenso al respecto.

11. Costas en primera instancia. Frente a las costas, el art. 365 del CGP prevé que se debe condenar en costas a la parte vencida en el proceso, de manera que es procedente

imponer costas de primera instancia en contra de Colpensiones, tal y como lo señaló el *a quo*, no siendo procedente su revocatoria y menos aun cuando se opuso a todas las pretensiones de la demanda, por lo que este punto de apelación resulta infructuoso.

12. Costas en esta instancia. En segunda instancia se impondrán costas solo a cargo de la AFP PORVENIR S.A. y a favor de la parte demandante, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado, y sin lugar a costas a cargo de COLPENSIONES, pues su recurso solo estuvo limitado a las costas y no a la discusión sustancial del proceso que lo es la ineficacia del traslado. Las de primera se confirman.

DECISIÓN

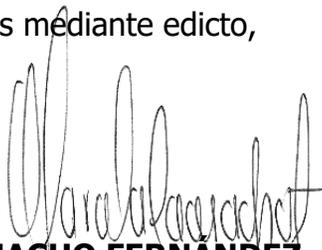
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 19 de julio de 2022, por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

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

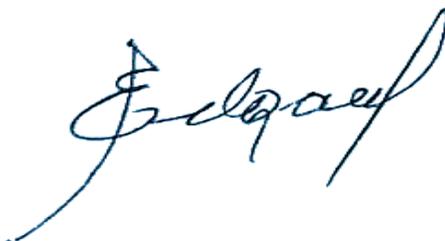
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

(En uso de permiso)

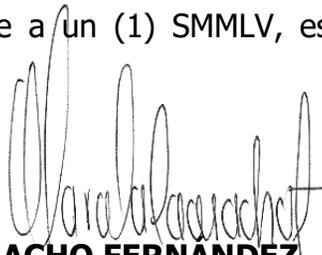
EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor del demandante y a cargo de PORVENIR S.A., el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$1.000.000.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: MARÍA DEL PILAR MARTÍNEZ TAPIAS
Demandados: COLPENSIONES y PORVENIR S.A.
Radicación: 110013105-007-2019-00590-01
Tema: INEFICACIA DE TRASLADO - CONFIRMA

Bogotá D.C., treinta (30) de septiembre de dos mil veintidós (2022)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

AUTO

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

SENTENCIA ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. María Del Pilar Martínez Tapias instauró demanda ordinaria contra Colpensiones y la AFP Porvenir S.A. con el fin de que se declare la ineficacia y/o nulidad de la afiliación al RAIS y, en consecuencia, se ordene a Porvenir S.A. trasladar el valor de los saldos que se hayan consignado en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos. Así mismo, solicitó que Colpensiones reciba a la demandante y la mantenga afiliada sin solución de continuidad; lo que resulte probado ultra y extra petita y las costas del proceso.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que nació el 5 de enero de 1961 y que comenzó a cotizar al régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS, hoy COLPENSIONES desde el 23 de enero de 1978; que se trasladó a PORVENIR S.A. el 1 de octubre de 1996; que PORVENIR S.A. no le suministró ningún tipo de asesoría, ni información relacionada con los beneficios, ventajas o desventajas que ofrecía el traslado entre regímenes, tampoco los eventuales riesgos que podía tener tal decisión; que su mesada pensional en el RAIS sería de \$3.118.800, mientras que en COLPENSIONES ascendería a \$4.453.752; que el 06 de junio de 2019 solicitó ante PORVENIR S.A. la ineficacia del traslado, pero le fue negado; que el 12 de junio de 2019 solicitó a COLPENSIONES la ineficacia o nulidad de traslado, pero también le fue negado.

(Expediente electrónico, PDF cuaderno electrónico, demanda, ORD. 4 a 20)

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Expediente electrónico, PDF cuaderno electrónico, ORD. 273); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de la demanda

3.1. Colpensiones: En su respuesta se opuso a todas las pretensiones de la demanda aduciendo que no obra prueba alguna de que a la actora se le hubiese hecho incurrir en

error o que exista algún tipo coacción en la afiliación, o que el fondo de pensiones haya omitido con su deber de información; tampoco se evidencia vicio del consentimiento error, fuerza o dolo, ni inconformidad por parte de la actora, además, porque su vinculación se hizo de manera libre y voluntaria. 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 la innominada o genérica (Expediente electrónico, cuaderno electrónico fl 142-177 contestación Colpensiones)

3.2. AFP Porvenir S.A.: Se opuso a las pretensiones con sustento en que el traslado es plenamente válido y eficaz, ya que fue producto de una decisión informada, libre de presiones o engaños tal como se aprecia del formulario de vinculación; que el formulario de vinculación es un documento público que se presume auténtico; que la nulidad es susceptible de saneamiento mediante la ratificación; que no es procedente la devolución de gastos de administración, ya que estos también se descuentan en el régimen de prima media, y además se hacen por disposición legal. Propuso como excepciones de fondo las que denominó prescripción, inexistencia de la obligación, excepción genérica y buena fe.

(Fol. 207 a 254 Archivo No 01)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 19 de agosto de 2022, en la que la falladora de primera instancia declaró la ineficacia de la afiliación y traslado realizado por MARÍA DEL PILAR MARTÍNEZ TAPIAS al régimen de ahorro individual; condenó a PORVENIR S.A. a trasladar la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual, incluido los rendimientos generados, gastos de administración, prima de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados; ordenó a COLPENSIONES a recibir los aportes y afiliarla sin solución de continuidad; declaró no probada las excepciones y condenó en costas a los fondos demandados.

El a quo fundamentó su decisión en el criterio de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL-4974 del 2018, en virtud de la cual, según lo previsto en los artículos 13, literal b) y 271 de la ley 100 de 1993, lo que debe analizarse es sí el acto jurídico resulta eficaz. Por lo tanto, debe verificarse si la respectiva administradora puso en conocimiento del afiliado los riesgos que implicaba el traslado del régimen.

En ese sentido, consideró que no podría argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen la incidencia que ella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con la suscripción del formulario de afiliación.

En conclusión, el a quo consideró que PORVENIR S.A. no logró demostrar que haya informado a la actora de manera clara y detallada los beneficios y consecuencias del traslado, ni tampoco allegó pruebas de haber brindado la información, entre otras características que estaban en cabeza de la AFP, por lo que, la consecuencia no es otra que declarar ineficaz el traslado de régimen, con la devolución por parte de PORVENIR S.A. de las cotizaciones, sumas adicionales de la aseguradora, con sus frutos, rendimientos e intereses, incluyendo además gastos de administración y comisiones, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y los porcentajes destinados a conformar el fondo de garantía de pensión mínima, ello debidamente indexado y con cargo a sus propias utilidades. Finalmente, declaró no probada la excepción de prescripción por tratarse de un derecho ligado a la pensión de vejez de carácter imprescriptible.

5. Impugnación y límites del ad quem. Fue propuesto recurso de apelación por las siguientes partes procesales.

5.1 Colpensiones Interpuso recurso de apelación señalando dentro del proceso no obro prueba alguna que demuestre que hubo algún tipo de vicio del consentimiento, consagrado en el artículo 1740 del Código Civil; que el error sobre un punto de derecho no genera la ineficacia del traslado; que la carga de la prueba también está en la parte demandante; que existen obligaciones recíprocas, como la prevista en el Decreto 2241 del 2010, consiste en que la demandante debe informarse sobre su situación pensional; que el silencio de la demandante reafirma su decisión de permanecer en el régimen de ahorro individual; que no puede declararse la ineficacia basado en los beneficios económicos de la pensión de vejez; que debe tenerse en cuenta el principio de estabilidad financiera; que nadie puede resultar subsidiado con los recursos del régimen de prima media conforme sentencias C-1024 del 2004, SU062 del 2010, y SU130 del 2013; que se está afectando el patrimonio público con la declaratoria de ineficacia; que no se comparte la condena en costas, ya que no se pueden destinar los recursos públicos al pago de situaciones diferentes a las pensiones.

5.2 Porvenir S.A.: Solicita que se revoque de manera integral la decisión de instancia, ya que el traslado fue eficaz y válido, además debe tenerse en cuenta los traslados horizontales; que no alegó los presupuestos legales de la ineficacia, mucho menos se demostró el error, fuerza o dolo; que no se puede desconocer el formulario de vinculación; que no existía obligación de realizar cálculos financieros al momento del traslado; que la demandante confiesa conocer aspectos del RAIS; que recuerda puntos de la asesoría y otros por conveniencia no los recuerda; que el monto de la mesada pensional no genera la declaratoria de ineficacia; que el acto de traslado contiene objeto y causa lícita; que no se puede ordenar devolver los gastos de administración, ya que operan por ministerio de la ley y también se descuentan en el régimen de prima media; que los gastos de administración son prescriptibles; que deben tenerse en cuenta los conceptos de la Superintendencia Financiera según los cuales solo es procedente la devolución de los aportes y rendimientos; que la AFP cumplió con todas las obligaciones como administradora; que se debe compensar las condenas de gastos de administración e indexación con los rendimientos financieros; que los rendimientos se excluyen con la indexación; que se estaría generando un enriquecimiento sin causa en detrimento de la AFP. En definitiva, solicita que se revoque la decisión de primer grado y se absuelva a PORVENIR S.A. de todas las pretensiones.

6. Alegatos de conclusión.

6.1 DEMANDANTE.: Solicita que se confirme la decisión de instancia, dado que en el proceso no quedó demostrado que la AFP del RAIS haya cumplido con el deber de brindar la información exigida por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral.

6.2 COLPENSIONES.: Dentro de la oportunidad procesal pertinente solicita que se revoque en su totalidad la sentencia de la a quo señalando para tal efecto que no se presentó la nulidad de traslado, y que se debe tener en cuenta que la afiliación conlleva a generar obligaciones para ambas partes contratantes, entre las cuales se encuentra la debida diligencia como consumidor financiero; que debe tenerse en cuenta el principio constitucional de la sostenibilidad financiera del sistema, ya que el traslado acarrea una descapitalización del fondo común; que en caso de confirmarse la ineficacia se debe trasladar por la AFP la totalidad de los aportes recibidos, debidamente indexados.

6.2 PORVENIR S.A.: Solicita que se revoque en su integridad la sentencia de primera instancia, en la medida en que no se acreditó algún vicio en el consentimiento, ni se alegó mucho menos probó las causales previstas en el artículo 1741 del Código Civil; que a la demandante se le garantizó el derecho al retracto; que la entidad demandada cumplió con la carga de la prueba y allegó las pruebas que se encuentran en su poder, insistiendo en que el formulario de vinculación es un documento público que no fue desconocido ni tachado; que en el evento de confirmar la decisión de instancia, solo es posible devolver los conceptos de que trata el artículo 113 de la Ley 100 de 1993; que debe tenerse en cuenta las restituciones mutuas; que ordenar la devolución de las comisiones es tanto como ordenar a la compañía de seguros que si no se presenta el siniestro debe devolver lo aportado en la póliza; que las comisiones y gastos de administración no financian la pensión de vejez, por lo que le es aplicable la prescripción; que debe tenerse en cuenta el salvamento de voto de la sentencia de tutela con radicado No 5912 del 13 de mayo de 2022.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

2. Problema jurídico. Corresponde a la sala dilucidar el siguiente problema jurídico **principal:** ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes problemas **jurídicos secundarios:** (i) ¿Los aportes o cotizaciones son requisito de validez del acto jurídico de afiliación? (ii) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que la actora se trasladó de régimen?; (iii) ¿El traslado entre diferentes AFP del RAIS convalida la afiliación a dicho régimen?; (iv) ¿La AFP privada está obligada a devolver a Colpensiones sumas descontadas por gastos de administración, comisiones, seguros provisionales y rendimientos debidamente indexado?; (v) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante?; y (vi) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

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

4. Afiliación, cotización y traslado. Se encuentra demostrado que la señora MARÍA DEL PILAR MARTÍNEZ TAPIAS se afilió al otrora ISS, hoy Colpensiones desde el 23 de enero de 1978 con cotizaciones hasta el 30 de septiembre de 1996 conforme aparece en la historia expedido por Colpensiones (Fol. 26 archivo No 01); que se trasladó a PORVENIR S.A. el 01 de octubre de 1996, luego el 27 de marzo de 2000 se trasladó a Horizonte, hoy

PORVENIR S.A., y finalmente, retornó a PORVENIR S.A. el 26 de junio de 2001, según el reporte del SIAFP (Fol. 255 archivo No 01), entidad donde se encuentra actualmente, según su historia laboral de cotizaciones. (Expediente electrónico, cuaderno electrónico -204)

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

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

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

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1996-, debe recordarse por la Sala que la CSJ en sentencia SL1452 de 2019 identificó distintas etapas sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras, que corresponde a los siguientes periodos:

Etapas acumulativas	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales

	menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, 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
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Así, para la data en que el actor se trasladó a la AFP Porvenir S.A., esto es, 01 de octubre de 1996, el deber de información se enmarca en el primer periodo, fecha en la cual se exigía una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado; entendiendo en esa primera etapa como información suficiente *"la obligación de dar a conocer al usuario, de la manera más amplia posible, todo lo relacionado sobre el producto o servicio que adquiere."* (SL1452 de 2019)

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

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

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

En el mismo sentido, la Sala observa que ninguna contradicción se presenta en el interrogatorio de parte, pues la actora fue consistente en manifestar que sólo dio cuenta de generalidades y los beneficios del RAIS, situación que llevaba a la AFP a demostrar que en efecto brindó la información de manera particular e integral a la actora, presentándole todas las aristas de aquella decisión, pero nada de eso se encuentra acreditado, razón por la cual, se reafirma aún más la ineficacia por falta al deber de información.

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

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

7. Traslado entre las diferentes AFP del RAIS no sana la ineficacia generada por la falta de información. En este punto, cabe resaltar lo adoctrinado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, entre otras sentencias, la de radicado No. 31989 del 9 de septiembre de 2008, en la que expresó: "**la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen**".

Ello por la simple razón de que la declaración de ineficacia de traslado trae consigo el que las cosas vuelvan a su estado anterior y, por lo tanto, una nueva afiliación al interior del RAIS no convalida la actuación viciada de traslado, tal como acontece en el sub examine, pues, aunque la actora se trasladó entre AFP del RAIS, de tal acto no puede predicarse la convalidación de la ineficacia del traslado inicial por falta del deber de información en que incurrió PORVENIR S.A. en el año 1996, además de que ni siquiera en el traslado al interior

del mismo RAIS se evidencia soporte documental acreditativo de haberse suministrado información clara, completa y comprensible a la potencial afiliada, menos aún, cálculos comparativos de la mesada pensional en ambos regímenes.

Así las cosas, el traslado entre AFP del mismo régimen, no convalida la ineficacia del traslado de régimen pensional prístino y, por tanto, una vez declarada la ineficacia del traslado de régimen pensional inicial del 01 de octubre de 1996, queda sin efectos los consecutivos traslados efectuados al interior del RAIS, los que se itera, no convalidan el acto jurídico del traslado de régimen pensional, y en esa medida pervive el vicio de la falta de consentimiento informado para migrar al RAIS.

8. Actos de relacionamiento. Esta temática en efecto ha sido abordada por parte de la Sala de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia, quien ha tenido en cuenta los actos posteriores a la afiliación para convalidar la misma en el RAIS; no obstante, tal tesis fue objeto de acción de tutela, y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencia STP15228-2021 concluyó que la tesis de los llamados "actos de relacionamiento" modificaba o variaba la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral – permanente, ya que "*el análisis probatorio para determinar si se cumplió el deber de información en los actos de traslado de régimen pensional, debe ser antecedente o concomitante al mismo, sin tener en cuenta los actos posteriores que el afiliado hubiera podido realizar*", tesitura que en el caso concreto no modifica la decisión de instancia, pues la falta de información se juzga al momento del traslado sin importar los actos posteriores del afiliado, sin que el hecho de que el afiliado permanezca 20 o más años haga que se convalide la falta de información por la llamada tesis de los "actos de relacionamiento".

9. Aceptación de aportes y activación de la afiliación. Es necesario precisar, que al quedar sin efecto la afiliación al RAIS de la demandante es claro que su vinculación con Colpensiones quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de la AFP codemandada los aportes efectuados por aquella a ésta a fin de que reposen en la historia laboral de la entidad, quien está en la obligación de activarla en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

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

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

Ahora, en lo relacionado con la devolución de los anteriores conceptos cuando se presentan varios traslados al interior del RAIS, la Corte también ha tenido oportunidad de pronunciarse y en sentencia SL2877-2020, concluyó:

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

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

Conforme a ello, es claro que procede la devolución de todos los aportes, cotizaciones, y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración, descuentos para el fondo de garantía de pensión mínima y comisiones o sumas adicionales de la aseguradora por parte de PORVENIR S.A. (durante el tiempo de permanencia de la actora en la AFP), con destino a COLPENSIONES, debidamente indexado (SL3321 del 26 de junio del 2021 y SL1637 del 11 de mayo de 2022), sin que exista incompatibilidad entre los rendimientos y la actualización, dado que los rendimientos es frente a los aportes, mientras que la indexación es sobre los conceptos que se ordena trasladar, esto es, gastos de administración, descuentos para el fondo de garantía de pensión mínima y comisiones o sumas adicionales de la aseguradora.

En el sub examine, una vez revisada la decisión de instancia, la misma congloba de manera expresa los conceptos atrás referidos, junto con la indexación y, por ende, habrá de confirmarse la sentencia en este ítem.

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

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

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

cuenta individual de aportes del afiliado, la Sala considera que es igualmente imprescriptible.

12. Costas en primera instancia. Frente a las costas, el art. 365 del CGP prevé que se debe condenar en costas a la parte vencida en el proceso, de manera que es procedente imponer costas de primera instancia en contra de Colpensiones y Porvenir S.A., tal y como lo señaló el *a quo*, no siendo procedente su revocatoria y menos aún cuando se opuso a todas las pretensiones de la demanda, por lo que este punto de apelación resulta infructuoso.

13. Costas en esta instancia. En segunda instancia se impondrán costas a cargo de la AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, y a favor de la parte demandante, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado.

DECISIÓN

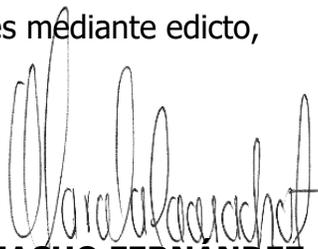
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 19 de agosto de 2022, por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

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

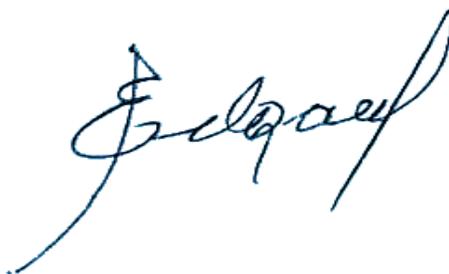
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

(En uso de permiso)

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor de la demandante y a cargo de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$1.000.000 a cargo de cada una.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada