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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE: ***SOFÍA CAROLINA MALDONADO CLAVIJO***
DEMANDADO: ***CORPFIANZAS S.A.***
RADICACIÓN: ***110013105-010-2019-00334-01***
ASUNTO: ***APELACIÓN SENTENCIA***
TEMA: ***CONTRATO DE TRABAJO Y PRESTACIONES***

Bogotá D.C., veintitrés (23) de septiembre del 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. Sofía Carolina Maldonado Clavijo instauró demanda ordinaria contra Corpfianzas S.A., con el fin de que se DECLARE la existencia de un contrato de trabajo entre el 21 de agosto de 2017 y el 01 de marzo de 2018, y en consecuencia, se condene al reconocimiento y pago de cesantías, la sanción por no afiliación a un fondo de cesantías, los intereses a las cesantías, la sanción por no pago de los intereses a las cesantías, vacaciones compensadas en dinero, prima de servicios, la indemnización moratoria del artículo 65 del CST, la indexación, lo ultra y extra petita y las costas procesales.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que, ingresó a trabajar a Corpfinanzas S.A.. a partir del 21 de agosto de 2017, a través de un contrato a término indefinido, desempeñando el cargo de secretaria jurídica, percibiendo como remuneración mensual un salario de $1.000.000; que la jornada laboral era de lunes a viernes de 8:00 am a 5:30 pm, y sábados de 8:00 am a 2:00 pm; que recibía instrucciones y llamados de atención de Betsaida Martínez Pérez, quien fungía como gerente general de la demandada; que recibía por parte del personal de Corpfianzas S.A. el mismo trato que recibían los trabajadores vinculados mediante contrato de trabajo; que fue afiliada por parte de Corpfianzas S.A. a Compensar S.A., Protección S.A. y Sura; que el 02 de marzo de 2018 le fue terminado el contrato laboral a término indefinido, aduciendo el inicio de una relación civil, mediante vinculación por medio de un contrato de prestación de servicios; que Corpfianzas S.A. nunca consignó a un fondo de cesantías las cesantías causadas durante la vigencia de la relación laboral y tampoco le fueron pagadas a la finalización del contrato; que no se le pagaron los intereses a las cesantías, vacaciones, y prima de servicios (Fols. 22 a 33 archivo No 001).

2. Contestación de CORPFIANZAS S.A.. Dio contestación oponiéndose a las pretensiones bajo el argumento de que el contrato celebrado entre las partes fue a término fijo inferior a un año y no a término indefinido, el cual se prorrogó a partir del 21 de agosto de 2019 y se dio por terminado de mutuo acuerdo el 21 de febrero de 2018, junto con el pago total y efectivo de las acreencias laborales, por lo que no tienen vocación de prosperidad los pedimentos de la actora. Como excepción de mérito rotuló la de pago total de la obligación (fols. 44 a 48 archivo No 001)

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 04 de febrero de 2022, mediante la cual el Juzgado declaró que entre SOFÍA CAROLINA MALDONADO CLAVIJO como trabajadora y CORPFIANZAS S.A. como empleador, existió un contrato de trabajo a término fijo inferior a un año (6 meses), que inició el 20 de febrero de 2017 y finalizó el 20 de agosto de 2017, el cual se prorrogó durante el periodo comprendido entre el 21 de agosto de 2017 hasta el 01 de marzo de 2018; condenó a CORPFIANZAS S.A. a reconocer y pagar a favor de la demandante, los siguientes conceptos: $477.500 por cesantías, $17.184 por intereses a las cesantías, $477.500 por prima de servicios, $238.750 por vacaciones, $480.000 por sanción por no consignación de las cesantías, y la suma de $21.600.000 por concepto de indemnización moratoria del artículo 65 del CST, calculada desde el 02 de marzo de 2018 hasta el 02 de marzo de 2020, y a partir del mes 25 deberá pagar los intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificada por la Superintendencia Financiera, hasta cuando el pago de lo adeudado se verifique; negó las demás pretensiones; declaró no probada la excepción de pago total de la obligación, y gravó en costas a la demandada. (Fol. 1 a 5 con audiencia virtual, archivo No 18 y 19)

Fundamentó su decisión, en que, de conformidad con los artículos 22, 23 y 24 del CST, estaba por fuera de discusión la existencia del contrato de trabajo, siendo objeto de disenso su modalidad y los extremos, para lo cual, consideró que de las pruebas acopiadas al proceso se pudo determinar que entre las partes existió un contrato de trabajo a término fijo inferior a un año, el que nunca muta a término indefinido sino que puede irse prorrogando indefinidamente, razón por la cual, en el sub examine el termino fue de seis meses, con fecha de inicio el 20 de febrero de 2017 y finalización el 20 de agosto de 2017, el que se prorrogó automáticamente en el cargo de secretaria jurídica, desde el 21 de agosto de 2017 hasta el 01 de marzo de 2017, tal como se infiere del mismo contrato de trabajo aportado y de los desprendibles de pago de nómina.

En cuanto al extremo final de la relación laboral, adujo que si bien la pasiva hace alusión a que finalizó el 20 de febrero de 2018, lo cierto es que, el desprendible de pago allegado, donde se aprecia la fecha de finalización del 01 de marzo de 2018, tiene plena validez para demostrar la finalización del vínculo laboral, ya que ninguna de las partes controvirtió su contendido, razón por la cual, la relación laboral se extendió hasta el 01 de marzo de 2018, además no se aportó comunicación escrita para finiquitar el vínculo laboral al término pactado, esto es, 20 de febrero de 2018, ni tampoco se aportó la renuncia, sin que se pueda tener en cuenta el testimonio practicado, dada su condición de socia de la enjuiciada.

Concluyó que en el caso de autos, existió un contrato de trabajo escrito a término fijo inferior a un año (6 meses), el que inició el 20 de febrero de 2017 y finalizó el 20 de agosto de 2017, el cual se prorrogó durante el periodo comprendido entre el 21 de agosto de 2017 hasta el 20 de febrero de 2018, e incluso hubo una segunda prórroga que inicio el 21 de febrero de 2018 y finalizaba el 20 de julio de 2018, sin embargo, no solicitó la indemnización por despido injusto, por lo que ninguna condena hay lugar sobre ese aspecto.

Ahora, frente a las pretensiones condenatorias, solo tuvo en cuenta para su cálculo el lapso desde el 21 de agosto de 2017 al 01 de marzo de 2018, ya que ese fue el lapso que se pidió en la demanda, precisando que en cuanto al salario no existe duda que se encuentra probado con el contrato y los desprendibles, el cual ascendió a $900.000, sin que para estos efectos se deba tener en cuenta la liquidación aportada por la enjuiciada, ya que no se puede inferir de allí un pago parcial, pues carece de requisitos

mínimos, como firma, y aceptación del trabajador. Asimismo, tampoco se tendrá en cuenta el comprobante del 22 de diciembre de 2017, por $4.000.000, ya que no entiende por qué se sufraga una suma de dinero con dos meses de anticipación, pues ni siquiera se había enviado el preaviso y no se han causado las prestaciones, por lo que, no tiene sentido liquidar el contrato dos meses antes, y además la sociedad no puede aducir el desconocimiento de las normas del derecho laboral.

Al no evidenciar el pago de las acreencias laborales, ordenó reconocer y pagar a cargo de la demandada las siguientes sumas de dinero: $477.500 por cesantías, $17.184 por intereses a las cesantías, $17.184 por sanción por no consignación de los intereses a las cesantías, $477.500 por prima de servicios, y $238.750 por vacaciones.

En relación con la indemnización moratoria del artículo 65 del CST, manifestó que esta no es automática, ya que se debe valorar la conducta del empleador; sin embargo, en el sub examine, la conducta de la enjuiciada no puede ubicarse en el terreno de la buena fe, al no cancelar las acreencias laborales de manera oportuna, sin justificación valedera; que llama la atención que haya anexado un recibo con posterioridad a la liquidación final del 21 de febrero 2018, con la finalidad de confundir al despacho, cuando en realidad corresponde a un pago anterior, por lo que, procedió a imponer la sanción, correspondiendo a $30.000 diarios, equivalente a la suma de $21.600.000, calculada desde el 02 de marzo de 2018 hasta el 02 de marzo de 2020, y a partir del mes 25 deberá pagar los intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificada por la Superintendencia Financiera, hasta cuando el pago de lo adeudado se verifique.

En lo tocante con la sanción por no consignación de cesantías, indicó que las cesantías causadas del 21 de agosto de 2017 al 31 de diciembre de 2017, se debían consignar al fondo de cesantías a más tardar el 14 de febrero de 2018, pero como no hay justificación de su omisión, esta sanción va desde el 14 de febrero de 2018 al 01 de marzo de 2018, atendiendo que se otorgó la sanción del artículo 65 del CST a partir de esa calenda, y además estas dos sanciones no pueden ser concurrentes, correspondiendo por este concepto el valor de $480.000.

Finalmente, en relación con la indexación, adujo que al haberse condenado a la sanción del artículo 65 del CST, resulta incompatible con la indexación.

5. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, fue interpuesto recurso de alzada por las siguientes partes procesales:

5.1 Demandante.: Señaló que no está de acuerdo con la limitación de la sanción por no consignación de cesantías, ya que la misma debe extenderse hasta el pago efectivo de las mismas, no siendo de recibo el argumento de la a quo de que son incompatibles con la sanción moratoria, ya que ello no es así, pues ambas encuentran diferentes causas.

5.2 Corpfianzas S.A.. Manifiesta que la juez dio por demostrado sin estarlo que la relación laboral se extendió más allá del 20 de febrero de 2018, cuando ninguna documental ni testimonial dio cuanta siquiera de un indicio de que la prestación se extendiera más allá de la prórroga del contrato a término fijo; que la calidad de socia de la testigo en nada le impide efectuar una declaración o que su declaración haya sido parcializada, además que no se propuso tacha; que la testigo dijo que a partir del 20 de febrero de 2018 la demandante no prestó servicios, por lo que, no se puede demostrar la prestación del servicio con la prueba documental donde se relaciona el 01

de marzo de 2018, ya que el representante legal y la testigo dieron cuenta de que se hizo completo por ese mes el pago del salario sin que ello implique prestación de servicios; que la testigo dio cuenta que no hubo cambio de cargo ni de salario del contrato fijo que venció en agosto de 2017; que los mismos comprobantes dan cuenta que no se cambió de cargo; que el único comprobante de pago que se tuvo en cuenta, es completamente contradictorio con la documental que reposa en el proceso, pues no coincide el número de cuenta y aparece un cargo distinto; que si bien el comprobante de pago fue aportado por las partes, se registran inconsistencias en la información, por lo que no puede tenerse en cuenta para el extremo final; que la carga de la prueba sobre el extremo final era de la parte demandante; que respecto de los pagos allegados, es la parte actora quien confunde al despacho, ya que aduce que los $4.000.000 le fueron cancelados por concepto de salarios del segundo semestre del 2017 y asimismo acepta que era suma de la liquidación del primer contrato a término fijo, lo que da lugar a que recibió un pago de $4.000.000 que sí hacia relación a la liquidación de prestaciones sociales, y sí demostró la empleadora que durante la vigencia de la relación canceló todas las acreencias laborales; que frente a los pagos, la misma demandante confiesa que recibió un pago de $4.000.000 y la relación de los conceptos se hizo en la contestación de la demanda, y además la testigo hizo relación a la forma en como terminó el contrato de trabajo; que la parte demandada si demostró que la demandante en diciembre de 2017 manifestó que no iba a continuar con el contrato de trabajo; que la demandante reclamó acreencias entre agosto de 2017 y marzo de 2018 y esto coincide con lo adeudado y lo que se le canceló en su momento, a pesar de que la actora haga manifestaciones a conveniencia; que la buena fe si quedó acreditada, ya que realizó pagos anticipados de salarios y de prestaciones sociales, y aportó la documental que estaba en su poder y compareció a juicio, además afilió a la demandante a las diferentes entidades de seguridad social; queda demostrado que durante la vigencia de la relación de trabajo ha sido coincidente en su actuar; que la demandante trató de acomodar a sus intereses los pagos recibidos; que los pagos realizados fueron de buena fe y demuestran un actuar desprovistos de mala fe; si se acredita el buen actuar del empleador.

6. Alegatos de conclusión.

6.1 Demandada: Solicita que se revoque la decisión de instancia en su integridad y se absuelva a la demandada de las suplicas de la actora, dado que no hubo ningún cambio de cargo, de salario ni auxilio constitutivo de salario; que no procedía la declaratoria del contrato de trabajo más allá del 21 de febrero de 2018, y ello se constata con el testimonio de la jefe inmediata, quien por el hecho de ser socia no está inhabilitada o impedida para rendir su declaración; que la demandante recibió la liquidación de manera anticipada; que no hay lugar a la procedencia de las indemnizaciones dado que no hubo incumplimiento en el pago de salarios y prestaciones sociales, por lo que la conducta del empleador no carece de la buena fe.

6.2 Demandante: Manifiesta que no existe razón legal para determinar que las dos sanciones impuestas son incompatibles, ya que la ley de manera expresa no se refiere a ese asunto, y que en dado caso se debe aplicar el principio de favorabilidad.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Los recursos de apelación interpuestos por la parte demandante y por Corpfianzas S.A., se estudiarán de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS, que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por los recurrentes.

Los **problemas jurídicos** que centran la atención de la Sala consisten en establecer (i) ¿El extremo final de la relación laboral corresponde al 20 de febrero de 2018 o al 01 de marzo de 2018? (iii) ¿Hay lugar a la indemnización de que trata el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 y a la indemnización prevista en el artículo 65 del CST? ¿La indemnización del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 es incompatible con la indemnización de que trata el artículo 65 del CST?

i) Relación laboral

Con el propósito de desatar la precitada controversia, es preciso señalar que para que se configure la existencia de un contrato de trabajo, se requiere de la presencia indiscutible de los elementos que lo integran, los cuales corresponden según el artículo 23 del C.S.T., a la prestación personal del servicio, la subordinación del trabajador respecto al empleador y el salario como retribución del servicio prestado.

En ese orden, la persona que exige la existencia de un contrato de trabajo, sólo le basta probar la prestación o la actividad personal para que se presuma la existencia del contrato de trabajo, dada a la presunción legal contenida en el artículo 24 de la norma sustancial, por manera que a la demandada le corresponde la carga de desvirtuar el trabajo subordinado, con la prueba del hecho contrario.

Para resolver sea lo primero señalar que conforme al postulado "onus probandi", "incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen" (art.167 C.G.P antes 177 C.P.C), y a su vez, es pertinente reseñar los predicamentos de la H. Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Laboral-, en sentencia del 04 de noviembre de 2015, Magistrado Ponente GUSTAVO HERNANDO LÓPEZ ALGARA, Radicación No 43377 (SL16110-2015), respecto a la carga de la prueba por activa frente a la necesidad de probar algunos presupuestos de la relación laboral o contrato de trabajo, en cuyo apartado pertinente relieva, que *"además de corresponderle al trabajador la prueba del hecho en que esa presunción se funda, esto es, la actividad o prestación personal del servicio, con lo que se establece que ese trabajo fue dependiente o subordinado, mientras la contraparte no demuestre lo contrario**, también al promotor del proceso le atañe acreditar otros supuestos relevantes dentro de esta clase de reclamación de derechos**, como por ejemplo **el extremo temporal de la relación**, el monto del salario, su jornada laboral, el trabajo en tiempo suplementario si lo alega, el hecho del despido cuando se demanda la indemnización de la terminación del vínculo, entre otros"* (Negrilla y subraya de la Sala).

Igualmente, es oportuno traer a colación lo dicho por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia frente a las certificaciones laborales o documentos emanados por el empleador que den cuenta de circunstancias referentes a la relación laboral, oportunidades en las que ha insistido en que "*los hechos consignados en los certificados laborales deben reputarse por ciertos «pues no es usual que una persona falte a la verdad y dé razón documental de la existencia de aspectos tan importantes que comprometen su responsabilidad»*" *(SL14426-2014; SL6621-2017)."* (SL-2600-2018).

Ahora, consagra el artículo 61 del C.P.T y de la S.S que el juez no estará sujeto a la tarifa legal de pruebas y por lo tanto formará libremente su convencimiento, inspirándose en los principios científicos que informan la crítica de la prueba, atendiendo a las circunstancias relevantes del pleito y a la conducta procesal observada

por las partes, que le generen la suficiente convicción para decidir con certeza sobre el objeto materia de litigio.

Lo anterior, para significar que en el presente asunto no se discute la modalidad contractual que ligó a las partes, esto es, la existencia de un contrato a término fijo por el término de seis (6) meses, que inició el 20 de febrero de 2017 y se extendió hasta el 20 de agosto de 2017 (Fol. 49 a 53 archivo No 001), mismo que se prorrogó de manera automática, desde el 21 de agosto de 2017 hasta el 20 de febrero de 2018, fecha última que sí está en controversia, pues mientras la a quo consideró que la relación laboral se extendió hasta el 01 de marzo de 2018 por estar así reportado en un desprendible de pago de nómina, la recurrente se opone aduciendo que la relación laboral finalizó el 20 de febrero de 2018.

En orden a resolver, debe tenerse en cuenta que no puede sostenerse la tesis de la parte pasiva, según la cual, la relación laboral finalizó el 20 de febrero de 2018, ya que si bien en dicha data finalizaba la prórroga del contrato a término fijo, no se demuestra que las partes hayan comunicado "por escrito" la determinación de no prorrogar el contrato de trabajo, tal como lo exige el numeral primero del artículo 46 del CST, y por esa razón, ha de entenderse en el presente asunto que el contrato siguió su curso normal prorrogándose desde el 21 de febrero de 2018 hasta el 20 de julio de 2018, como acertadamente lo dedujo la a quo.

Ahora, la pasiva esgrime que la testigo Betsaida Querubina Martínez fue clara en manifestar que la actora le comunicó que no podía continuar con el contrato de trabajo por temas académicos y que por ello laboró solo hasta el 20 de febrero de 2018; no obstante, tal dicho no reemplaza la comunicación a que hace referencia el numeral 1) del artículo 46 del CST, ni tampoco puede darse por cierto que aquello corresponda a renuncia del contrato de trabajo, ya que la parte actora no confiesa ni acepta que eso haya ocurrido de tal manera, razón por la cual, el dicho de la testigo no tiene la suficiente entidad para generar en el juzgador la convicción de que la relación laboral solo se extendió hasta el 20 de febrero de 2018, fecha de finalización de la prórroga. Por el contrario, obra el recibo de pago de nómina de fecha 5 de marzo de 2018 (Fols. 58 archivo No 001) en el que se reconoce $1.000.000 como salario por el periodo del 01 de febrero de 2018 hasta el 01 de marzo de 2018, y en días trabajados se registra "30 días", documento que produce los mismos efectos de las certificaciones laborales a la luz de lo dicho en precedencia por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, ya que emana del empleador, aportado por ambas partes, con el logo de la empresa empleadora y con la firma de la trabajadora, constituyendo prueba contundente de que la relación laboral se extendió hasta el 01 de marzo de 2018, ello atendiendo además en su valoración a la indivisibilidad de la prueba prevista en el art. 250 del CGP y al hecho de no haber sido desvirtuado su contenido por parte de la pasiva.

Frente a este último aspecto, refiere la apelante que el recibo de pago contiene imprecisiones o equivocaciones que fueron aclaradas por el representante legal de la sociedad demandada y por la testigo, ante lo cual, debe decirse que en lo que respeta al dicho del representante legal, no se puede tener en cuenta, ya que no constituye confesión al no reunirse los presupuestos consagrada en el numeral 2 del art. 191 del CGP, y en lo que se refiere a la testigo, quien adujo que se pagaron treinta días pero que en realidad solo laboró hasta el 21 de febrero de 2018, tampoco puede tenerse como cierta la afirmación, habida cuenta que no se puede pasar por alto por parte de la Sala que la deponente también ostenta la calidad de socia de la demandada, hecho que le resta credibilidad a su versión que no encuentra respaldo en ninguna otra

probanza que de manera contundente lleven a la certeza de que lo consignado en el recibo de pago no corresponde con la realidad, al contrario, a voces de la Corte "*no es usual que una persona falte a la verdad y* ***dé razón documental*** *de la existencia* ***de aspectos tan importantes que comprometen su responsabilidad",*** razón por la que este punto de apelación también está llamado al fracaso.

Así las cosas, como extremo final de la relación laboral se tienen en cuenta el que aparece registrado en el recibo de pago de nómina, esto es, el 01 de marzo de 2018.

En relación con el cargo, la a quo manifestó que la accionante desempeñó el de secretaria jurídica, mientras que la pasiva aduce que era de asistente logística, controversia que resulta intrascendente, pues ello no incide en la modalidad contractual ni en el salario. En este punto, es necesario aclarar que era la accionante quien aducía que a partir del 21 de agosto de 2017 se presentó un contrato a término indefinido al establecerse el cambio de cargo, aspecto que no resultó airoso, por ende, no existe afectación de los intereses de la pasiva, ya que se declaró el contrato a término fijo como lo sostenía la defensa, y en todo caso, de los recibos de pago de nómina militantes a folios 3 a 8 archivo No 001, se extrae como cargo desempeñado el de secretaria jurídica para los meses de septiembre, octubre, noviembre, y diciembre de 2017 y marzo de 2018, con lo cual, razón le asiste a la juez primigenia de haber determinado que el cargo ocupado corresponde al de secretaria jurídica.

Indemnización art. 99 Ley 50 de 1990 y artículo 65 del CST.

Establece el artículo 65 del CST que a la terminación del contrato, el empleador que no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidos, debe pagar como indemnización, una suma igual al último salario diario por cada día de retardo.

Por su parte, el art. 99 de la Ley 50 de 1990 establece que el empleador que no consigne las cesantías antes del 15 de febrero del año siguiente, deberá pagar a título de sanción un día de salario por cada día de retraso.

En relación con las indemnizaciones en mención, la jurisprudencia reiterada y pacífica de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia bajo el radicado 32529 del 5 de marzo del 2009 ha explicado que, las mismas no son una respuesta judicial automática frente al hecho objetivo de que el empleador, al terminar el contrato de trabajo, no cancele al trabajador la totalidad de salarios y prestaciones sociales adeudados o no consigne las cesantías en la fecha debida, por ello, ha insistido en que el juez debe, en cada caso, de acuerdo con el material probatorio, establecer si se revela o evidencia la buena fe de aquel frente a tal conducta omisiva.

Criterio que coincide con lo planteado por la Corte Constitucional, entre otras, en la sentencia T-459 del 2017, en la que señaló que la jurisprudencia constitucional establece que es posible eximir al empleador del pago de la indemnización moratoria cuando se compruebe que éste actuó de buena fe al momento de la terminación del contrato, esto es, que tenía la conciencia de haber obrado legítimamente y con ánimo exento de fraude.

Precisado lo anterior, la defensa de la sociedad demandada se fundó en que pagó todos los conceptos debidos a la actora de manera adelantada con la consignación que efectuó el 27 de diciembre de 2017, por valor de $4.000.000 (Fol. 60); sin embargo, debe decirse que la actora no aceptó en el interrogatorio que ese concepto corresponda a la liquidación final de prestaciones, por lo que, de ninguna manera puede aceptarse

que ese valor constituye un pago anticipado de la liquidación final de prestaciones como lo desagrega en la contestación de la demandada la encartada; además la actora hizo referencia a que el valor fue entregado para el pago de salarios debidos y no liquidación final, correspondiéndole a la demandada demostrar que en efecto esa consignación correspondía a otros conceptos diferentes al salario, situación que no se acredita, e incluso, no puede sostenerse sin ninguna prueba que lo corrobore que esos $4.000.000 corresponden a la liquidación final anticipada del contrato de conceptos que aún no se habían causado, resultando del todo inverosímil la tesis defendida por la entidad demandada.

Ahora en lo que refiere a las cesantías, la jurisprudencia en derredor a este tema, ha sido enfática en determinar que, ante el pago irregular de las cesantías, al ser directamente entregadas por el empleador al trabajador, conlleva la perdida de lo pagado: "*Sin embargo, puede ocurrir que el empleador incurra en el pago irregular de esta prestación, esto es, que no las consigne en un fondo sino que las entregue directamente al trabajador. Para esta clase de situaciones que no siguen los lineamientos que al respecto ha señalado la ley laboral, existe una sanción específica que se encuentra en el artículo 254 del C.S.T. y que lo es la pérdida de lo pagado por ese concepto. Así lo ha adoctrinado esta Sala de la Corte, por ejemplo, en sentencia CSJ SL, 26 sep. 2006, rad. 27186" (SL7335 de 2014),* ello para decir, que en gracia de discusión si se aceptare que esos $4.000.000 corresponden a la liquidación anticipada, de ninguna manera puede incluirse las cesantías, ya que las mismas debieron consignarse al fondo de cesantías a más tardar el 14 de febrero de 2018.

Así las cosas, ante la omisión en el pago de las prestaciones sociales por parte del empleador y por la cual se impartió condena en la primera instancia por concepto de cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, y vacaciones, no queda otro camino que convalidar la condena impuesta por indemnización moratoria del artículo 65 del CST y artículo 99 de la Ley 50 de 1990, pues al contrario de lo sostenido por el empleador, no existe justificación del actuar del empleador omiso, quien además en pleno desconocimiento de la normatividad laboral pretende que se tenga en cuenta pagos anticipados de las cesantías, cuando obligatoriamente debía consignarlas a un fondo de correspondiente antes del 14 de febrero de 2018.

Ahora, en lo referido al punto de apelación de la parte activa, debe precisarse que la sanción del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, solo se genera hasta la finalización del contrato de trabajo, razón por la cual, por este concepto no puede imponerse condena más allá del 01 de marzo de 2018, pues así lo ha estimado la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral entre otras sentencias la de radicado No 14379 del 27 de marzo del 2000, reiterada en la de radicado No 37766 del 6 de mayo de 2010, en los siguientes términos: *"Es importante advertir y reiterar que la sanción moratoria originada en la falta de consignación oportuna de la cesantía causada a 31 de diciembre, en los términos del artículo 99 de la ley 50 de 1990, cesa cuando empieza a pagarse la moratoria derivada del artículo 65 del C.S. T, pues aquella rige mientras está vigente el contrato y está a partir de cuándo fenece. Es que no puede decirse que si por no pagar la totalidad de la cesantía, por la cual se impone una indemnización (art. 65 C.S.T.), pueda seguir corriendo aquella que viene derivada de la falta de consignación de una parte de dicha cesantía. (art.99 Ley 50 de 1990)*".

Dicho todo lo anterior, y al no haberse presentado disenso sobre los valores objeto de condena, ni sobre la manera en que se liquidaron las indemnizaciones, no queda más que confirmar la decisión de instancia.

COSTAS

Sin costas en esta instancia, al no haberles prosperado a ambas partes el recurso de alzada propuesto. Las de primera se confirman.

DECISIÓN

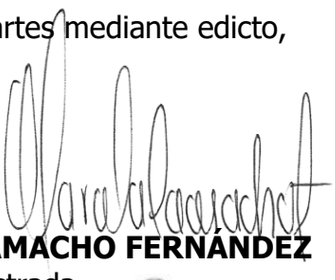
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 04 de febrero del 2022, por el Juzgado Cuarenta Laboral del Circuito de Bogotá, conforme las consideraciones atrás vertidas.

SEGUNDO: 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

-*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:	TITO VALDÉS RODRÍGUEZ
Demandada:	COLPENSIONES
Radicación:	22-2021-00558-01
Tema:	GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA - PENSIÓN DE VEJEZ– CONFIRMA

Bogotá D.C., treinta (30) de septiembre del 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

AUTO

En atención al memorial allegado mediante correo electrónico, se reconoce personería para actuar al Dr. NICOLAS RAMÍREZ MUÑOZ, identificado en legal forma, como apoderado sustituto de la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder conferido.

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Tito Valdés Rodríguez instauró demanda ordinaria laboral contra Colpensiones, con el propósito de que se declare que tiene derecho al régimen de transición toda vez que cuenta con 15 años de servicio al 1° de abril de 1994, por tanto, cumple a cabalidad con los requisitos de tiempo y edad al 1° de julio de 2015. En consecuencia, solicitó que se condene a la demandada a pagar una mesada pensional liquidada con el 90% del IBL; incremento pensional del 14%; retroactivo pensional con sus respectivos intereses; 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 nació el 1° de junio de 1955, cotizando al régimen de prima media con prestación definida desde el 27 de octubre de 1976 hasta el 30 de julio de 2017, por ende, cuenta con 1.719 semanas efectivas. Indicó que para la fecha en que entró en vigor el régimen de transición, contaba con 18 años de cotización, de manera que su mesada pensional debió ser liquidada con el 90% del IBL, dado que tiene más de 1250 semanas cotizadas. Refirió que tiene como cónyuge a la señora Martha Cecilia Jiménez España, quien depende económicamente de su esposo, siendo beneficiario del incremento pensional. (Expediente electrónico, PDF. 001DemandaYAnexos, págs. 6 a 15).

2. Contestación de la demanda. Al momento de descorrer el término de traslado, la demandada se opuso a las pretensiones del libelo inicial argumentando que el actor no acreditó los requisitos del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, toda vez que al 1° de abril de 1994 contaba con 39 años y 536 semanas cotizadas. Indicó que concedió mediante Resolución SUB 110228 del 29 de junio de 2017, pensión de vejez de conformidad al

ordenamiento jurídico, de allí que los pedimentos no pueden ser procedentes. En lo que hace a los supuestos fácticos, aceptó los enlistados en los numerales 1° al 3°, 10° y 11°, parcialmente el hecho 5° y, respecto de los demás señaló no constarle o no ser ciertos.

Propuso como excepciones de mérito las que denominó inexistencia del derecho y la obligación, buena fe, presunción de legalidad de los actos administrativos, no configuración del derecho al pago del IPC, indexación o reajuste alguno, cobro de lo no debido, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, carencia de causa para demandar, prescripción, compensación, no procedencia al pago de costas en instituciones de seguridad social del orden público y genérica. (Expediente electrónico, PDF. 004ContestaciónDemandaColpensiones20220126).

3. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma en ambos procesos (Expediente electrónico, PDF. 009NotificaciónAgencia), sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en estos.

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 25 de agosto del 2022, en la que la falladora declaró probada las excepciones de inexistencia del derecho y la obligación a cargo de la demandada, en consecuencia, la absolvió de la totalidad de pretensiones incoadas en su contra por el demandante, gravando en costas.

Para arribar a tal decisiva se propuso verificar si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición y de ser así sí tiene derecho al reconocimiento y pago del incremento pensional del 14% que reclama, junto con los intereses moratorios reclamados. Con tal propósito, dijo que Colpensiones mediante Resolución SUB 110228 del 29 de junio del año 2017 reconoció al actor pensión de vejez a partir del 1 de julio de 2017, en cuantía inicial de $803.467, bajo los lineamientos de la Ley 797 de 2003, misma que fue reliquidada a través de DPE 9953 del 8 de noviembre de 2021, teniendo en cuenta los mismos presupuestos legales.

En cuanto a la calidad de beneficiario del régimen de transición, recordó el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, para significar que el actor al contar con 2.508 días cotizados, los cuales equivalen a 545,14 semanas y la edad de 38 años al 1° de abril de 1994, no es beneficiario del régimen de transición, lo que conlleva a que no fuera tampoco dable estudiar el incremento del 14% establecido en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, pues no fue concedido de manera directa el derecho pensional bajo tal disposición, ni por ser beneficiario del régimen de transición, como lo ha considerado la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL2955 del 2019. (Expediente electrónico, audio 020VideoAudiencia).

5. Alegatos de conclusión. La **demandada** alegó en su favor aduciendo que el actor no cumple con los requisitos para ser beneficiario del régimen de transición, de manera que no hay lugar al reconocimiento prestacional que depreca.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Grado jurisdiccional de consulta. El presente proceso se estudia en grado jurisdiccional de consulta en favor del demandante, por ser la sentencia de primera instancia totalmente desfavorable y no haber apelado.

2. Problemas Jurídicos. Corresponde a la sala dilucidar los siguientes: (i) ¿El actor es beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por tanto, le asiste derecho a que se le reliquide la pensión de vejez con fundamento en el Acuerdo 049 de 1990?; ¿Los incrementos por personas a cargo establecidos en el art.

21 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, se encuentran vigentes? En caso afirmativo ¿El demandante cumple con los requisitos contenidos en la norma en cita para ser su beneficiario?

3. Supuestos fácticos no controvertidos por las partes. Encuentra la Sala que no es materia de discusión por encontrarse debidamente acreditado en el expediente y no ser recurrido por las partes los siguientes supuestos fácticos: que mediante Resolución SUB 110228 del 29 de junio de 2017, Colpensiones reconoció al actor una pensión de vejez a partir del 1 de julio de 2017, en cuantía inicial de $803.467, prestación que le fue reliquidada mediante actos administrativos SUB 142332 del 3 de julio de 2020 y DPE 9953 del 8 de noviembre de 2021, a través de los cuales se determinó que la mesada inicial desde esa fecha correspondía a la suma de $805.422. Se infiere de los actos administrativos que el derecho pensional se concedió a la luz de la Ley 797 de 2003, con 1.727 semanas y 62 años, que se advirtieron satisfechos el 1° de julio de 2017.

4. Régimen de transición. Así las cosas, la primera discusión conforme la plantea la parte actora radica en que la pensión reconocida debió ser concedida de conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo 049 de 1990, al ser beneficiario del régimen de transición de que trata el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, de manera que debe aplicarse una tasa de reemplazo del 90% sobre el ingreso base de liquidación de lo devengado en toda su vida laboral, por tener más de 1.250 semanas liquidadas o el que se considere más beneficioso.

Acorde con la situación planteada, es necesario señalar que la Ley 100 de 1993, introdujo un nuevo régimen de seguridad social que entró a regir el 1 de abril de 1994, normatividad que de acuerdo con los principios que regulan la seguridad social, protegió las expectativas legítimas de ciertas personas que a la fecha tuvieran cumplidos algunos requisitos como edad o tiempo de servicios, consagrando un régimen de transición, que permite acudir en ciertos y específicos asuntos, a la norma que los gobernaba previa a la expedición de la citada ley, los cuales son:

- Edad
- Tiempo de servicios o número de semanas cotizadas, y
- Monto de la pensión de vejez, entendiéndose como tal el porcentaje o tasa de reemplazo con el que se liquida la pensión y no como el IBL, que corresponde a los salarios devengados por el trabajador o la base sobre la cual ha efectuado sus aportes al sistema, según el caso.

Es así como el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 autorizó a quienes a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones -1.° de abril de 1994- tuvieran 35 o más años de edad en el caso de las mujeres y 40 o más años de edad en el de los hombres o 15 o más años de servicios cotizados, reconocer la pensión de vejez con las normas contenidas en el régimen anterior que resulte aplicable y que depende de las condiciones que el afiliado acredite al momento de entrar en vigor el sistema general de pensiones; dichas personas podrán acceder a tales prerrogativas con el cumplimiento de una o de ambas condiciones.

Ahora, respecto del **Ingreso Base de Liquidación** de la pensión de vejez de las personas beneficiarias del régimen de transición, se debe resaltar que el Legislador hizo pronunciamiento expreso, conforme se observa en el inciso 3º del artículo 36 y el artículo 21 de la ley 100 de 1993, esto es, para quienes estando en transición les **faltare menos de 10 años para adquirir el derecho** que "*será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo, si este fuere superior*" o para quienes a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones **les faltare 10 o más años para consolidar el derecho** a la pensión de vejez, el ingreso base de liquidación

se determina con "*el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, o en todo el tiempo si este fuere inferior para el caso de las pensiones de invalidez o sobrevivencia*" o "*Cuando el promedio del ingreso base, ajustado por inflación, calculado sobre los ingresos de toda la vida laboral del trabajador, resulte superior al previsto en el inciso anterior, el trabajador podrá optar por este sistema, siempre y cuando haya cotizado 1250 semanas como mínimo*".

En este sentido, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL3696 del 29 de agosto de 2018, precisó al respecto que:

> *"Aunado a lo anterior, la Sala ha dicho que a los beneficiarios del régimen de transición que les hacía falta menos de 10 años para adquirir el derecho, les resulta aplicable el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, mientras que para aquellos a quienes les falta un tiempo superior, el ingreso base de liquidación debe ser el contemplado en el artículo 21 de la citada normatividad."*

Con fundamento en lo anterior, es claro que el marco normativo de las pretensiones de la demanda lo constituye el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, de manera que, verificada la edad del actor y el número de semanas acreditadas al 1° de abril de 1994, se concluye que la A quo no pudo haberse equivocado cuando concluyó que el actor no es beneficiario del régimen de transición, como quiera que el señor Tito Valdés Rodríguez a dicha fecha tan solo contaba con 38 años cumplidos, por haber nacido el 1° de junio de 1955 y un total de 3.751 días, equivalentes a 535.86 semanas y 10.27 años, esto es, por fuera de los límites normativos establecidos, para ser acreedor de dicho beneficio y por ende de la norma que lo gobernaba previa a la expedición de la citada ley.

Planteadas, así las cosas, habrá de confirmarse la sentencia de primera instancia en el sentido de que el actor no es beneficiario del régimen de transición y por ende del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, tal y con acierto lo coligió la falladora de primer grado.

5. Reliquidación pensional. Teniendo en cuenta que no salió avante la pretensión tendiente a que se declare que es beneficiario del régimen de transición, la petitoria de reliquidación pensional con base en el Acuerdo 049 de 1990, seguirá su misma suerte, como quiera que aquella está edificada sobre la prosperidad y reconocimiento de la primera.

6. Incremento pensional del 14%. Finalmente, la cuestión final a dilucidar se centra en establecer si al demandante le asiste el derecho a incrementar la cuantía de su pensión de vejez en un porcentaje del 14%, conforme lo establece el artículo 21 del Acuerdo No. 049 de 1990.

6.1. Vigencia de los incrementos por personas a cargo. En relación con la vigencia de los incrementos por personas a cargo, consagrados en el art. 21 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, el cual señala que las **pensiones mensuales de invalidez y vejez** se **incrementarán** en un 14% y 7% por cónyuge o compañero(a) permanente o hijos menores o inválidos del beneficiario, que dependan económicamente de éste y no disfruten de una pensión, es necesario precisar que, la Sala Mayoritaria de esta Sala, **acoge los fundamentos** sentados por la sala plena de nuestra máxima corporación de justicia Constitucional en la sentencia **SU-140 de 2019**, quien luego de un análisis exhaustivo de la situación y de detectar que sus distintas salas de revisión habían desarrollado líneas jurisprudenciales opuestas en relación con los efectos de la aludida norma, **unifica su criterio**, ultimando que fueron orgánicamente derogados a partir de la vigencia de la ley 100 de 1993 y en consecuencia, sólo conservan efectos

ultractivos para quienes tenían un derecho adquirido al momento de la expedición de la ley de seguridad social integral.

A la anterior conclusión arriba, luego de establecer que fue a través de la **Ley 100 de 1993**, que el Estado intentó enfrentar el arcaico sistema de seguridad social que se manifestaba como financieramente inviable, con baja cobertura e inclemente inequidad, para cuya solución fue necesario la reestructuración del sistema con miras a lograr una mejor eficiencia del servicio, con inclusión de los sectores más vulnerables, adecuándose a las nuevas condiciones demográficas y de esperanza de vida, equilibrando la relación entre las contribuciones y beneficios, mejorando los rendimientos de los aportes para garantizar la sostenibilidad futura del sistema.

Con similares objetivos, fue expedida la **Ley 797 de 2003** y el **Acto Legislativo 01 de 2005**, que propenden por la finalización de regímenes especiales diferentes al del régimen general, obligatoriedad y uniformidad de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, tope máximo del valor de las pensiones, cobertura universal y pago efectivo de las prestaciones; de ahí la importancia de haber previsto cambios que permitieran no solo la equidad sino también la sostenibilidad financiera del sistema.

De esta manera concluye la alta corporación, que si bien la Ley 100 de 1993, **no dispuso una derogatoria expresa** de dicha dádiva legal, lo cierto es que al haberse efectuado una **regulación integral en materia de seguridad social**, reglamentando de modo exhaustivo sus diferentes componentes en el ámbito nacional, en torno a la articulación de políticas, instituciones, regímenes, procedimientos, prestaciones, unificación de normatividad y planeación de la seguridad social, como se desprende del contenido de sus artículos 2º, 5º, y 6º, se configura una **derogatoria tácita**, que la jurisprudencia ha convenido en denominar como **derogatoria orgánica**, cuya consecuencia jurídica no es otra que, dejar sin vigencia las regulaciones anteriores dentro de los cuales cohabitan los referidos incrementos, sin perjuicio de lo dispuesto en el nuevo sistema respecto de los **derechos adquiridos** y los **regímenes de transición** normativa.

Frente al tema de los **derechos adquiridos**, deben atenderse los artículos 11, 36 y 289 de ley 100 de 1993, que en acatamiento del art. 58 de nuestra Carta Política, establecen su salvaguarda, por ende, quienes se hayan pensionado con anterioridad a la expedición de la Ley 100 de 1993 o hayan cumplido para dicho momento los presupuestos de la normativa anterior, conservan el derecho al incremento pensional, siempre que mantengan las condiciones previstas en el artículo 21 del Decreto 758 de 1990.

Y respecto del **régimen de transición**, mecanismo dirigido a proteger las **expectativas legítimas** de quienes estaban próximos a pensionarse, el art. 36 de la Ley 100 de 1993, limitó la aplicación ultractiva de las reglas de los regímenes anteriores, solamente a tres aspectos: **edad, tiempo y monto**. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez deben regirse por las disposiciones contenidas en la ley 100, por así disponerlo la norma en mención.

Ahora, no puede pretenderse que se incluya el incremento deprecado en el **monto** de la pensión a que alude el régimen de transición, pues acudiendo a su descripción normativa resulta clara su naturaleza accesoria a la pensión de vejez, como se extrae del contenido del art. 22 del Decreto 758 de 1990, que señala que no forman parte integrante de la pensión de invalidez o vejez que reconoce el ISS. Hecho éste que **reafirma** aún más la existencia de una **derogatoria orgánica** del sistema pensional anterior, ya que de no haber existido el legislador no hubiera tenido que establecer un régimen de transición como mecanismo para salvaguardar las aspiraciones de quienes estaban cerca a acceder a un derecho en virtud del régimen que se pretendía reemplazar.

Tampoco se puede considerar que los incrementos estudiados tengan la connotación de un **derecho adquirido** para aquellas personas **beneficiarias del régimen de transición**, en tanto, nunca nacieron a la vida jurídica, por no haberse cumplido los requisitos para acceder a la pensión de vejez con antelación a la vigencia de la Ley 100 de 1993. Es claro que ellos cuentan con una naturaleza accesoria al derecho principal, que no es otro que la pensión de vejez.

De igual manera, resulta imposible llegar a la conclusión de que se trata de los **beneficios económicos** de que trata el **AL 01 de 2005**, pues ellos están previstos como ayuda para personas de escasos recursos sin posibilidad de acceder a una pensión de vejez.

Abundando en razones y en defecto de la derogatoria orgánica, encuentra la Corte que con la expedición del A.L. 01 de 2005, existe una **derogatoria tácita en estricto sentido**, al haberse expulsado del ordenamiento el art. 21 del Decreto 758 de 1990, al ser evidentemente contrario a la norma constitucional, que restringe los beneficios pensionales únicamente a los previstos en la Ley 100 y demás normas posteriores, y al no acompasarse con la correspondencia que según su contenido debe existir entre aportes y el monto pensional, ya que el sistema de seguridad social integral no cuenta con cotizaciones que soporten el reconocimiento de los incrementos, afectado su sostenibilidad financiera.

Y finalmente, si los anteriores razonamientos no resultaren suficientes para entender que los incrementos han sido orgánicamente derogados, arguye sabiamente nuestra Corte que sería necesario **inaplicarlos por inconstitucionales** pues no se avienen al contenido del inciso 11 del art. 48 de la CP, por las mencionadas razones.

Conforme a lo anteriormente expuesto, es evidente que los incrementos previstos en el art. 21 del Decreto 758 de 1990 desaparecieron del mundo jurídico desde que entró a regir la Ley 100 de 1993, los cuales solo conservan efectos ultractivos para quienes a dicha data cuenten con un derecho adquirido. En respaldo de este razonamiento, no resulta viable la aplicación del **principio de favorabilidad**, que depende de la existencia de dos o más normas jurídicas vigentes, ni menos aún del **principio de indubio pro operario,** pues no tiene sentido examinar el propósito de una norma que se itera, perdió su vigencia en el ordenamiento jurídico.

6.2. Respeto de la doctrina constitucional. Adicionalmente debe destacarse que el pronunciamiento efectuado por nuestra Corte Constitucional resulta **vinculante** al producir efectos jurídicos desde el día siguiente a la fecha en la cual se tomó la decisión, en consecuencia, tiene efectos inmediatos, debiendo aplicarse independientemente de la fecha de radicación del proceso de conformidad con lo estatuido en art. 56 de la Ley 270 de 1996 y como se expuso entre otras, en la sentencia C-973 de 2004 y en tanto, es dicha autoridad la llamada a unificar la jurisprudencia nacional, respeto que materializa los principios de igualdad, supremacía de la Constitución, debido proceso, confianza legítima, cosa juzgada y seguridad jurídica, especialmente en tratándose de decisiones unificatorias emitidas por el pleno de esa corporación, que tienen un valor preponderante aún ante la existencia de otros órganos que tienen la función de unificar jurisprudencia, como se expuso en proveídos C-621 de 2015 y T-109 de 2019.

6.3. Caso en concreto. Bajo ese contexto, en el caso de marras, al haberse determinado que el actor no está amparado por el beneficio de la transición, resulta incontrovertible entonces que no hay lugar al incremento peticionado, a más porque al ser la Ley 797 de 2003 el estatuto legal que fundamentó el reconocimiento de la prestación económica a éste, la pretensión en tal sentido no está llamada a prosperar, toda vez que dicha prerrogativa no los autorizó, ni tampoco los consagró.

Conllevan los anteriores razonamientos a desestimar las súplicas de la demanda y, por ende, a confirmar en su integridad la sentencia de primer grado, por las razones aquí señaladas.

7. Costas. Sin costas en este grado jurisdiccional de consulta. Las de primera se confirman.

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 25 de agosto del 2022, por el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en este grado jurisdiccional de consulta. 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 CECILIA QUIROGA BALLESTEROS
Demandada:	ROSALBA IPIA DE SÁNCHEZ
Radicado No.:	23-2019-00522-01
Tema:	CONTRATO DE TRABAJO- APELACIÓN DE SENTENCIA- CONFIRMA

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 Cecilia Quiroga Ballesteros instauró demanda ordinaria contra Rosalba Ipia De Sánchez, con el propósito de que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo por días a término indefinido, que tuvo vigencia entre el 1 de febrero de 2003 al 31 de marzo de 2018 y, en consecuencia de ello, sea condenada al pago de cesantía y sus intereses, vacaciones, prima de servicios, indemnización moratoria, sanción por la no consignación de cesantías, indemnización por despido sin justa causa y aportes al sistema de seguridad social en pensiones.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que ingresó a laborar en casa de la demandada como empleada del servicio doméstico, prestando sus servicios desde el 1 de febrero de 2003 al 31 de marzo de 2018, mediante un contrato verbal por días. Indicó que desde la fecha de iniciación de la relación laboral y hasta 31 de marzo de 2013, desempeñó sus labores un día a la semana y, a partir del 1 de abril de 2013 al 31 de marzo de 2013 cada quince días, devengando un salario mínimo legal diario más el auxilio de transporte. Refirió que fue despedida sin justa causa, además, que durante la vigencia del linaje laboral no le fueron canceladas sus prestaciones sociales, recibiendo comunicación mediante la cual se le puso en conocimiento la existencia de un título de depósito judicial por valor de $1.500.000, correspondiente a la liquidación definitiva de las mismas. (Expediente digital, PDF EXPEDIENTE DIGITALIZADO 01 107, págs. 5 a 17).

2. Contestación de la demanda. Al momento de descorrer el término de traslado la convocada a juicio se opuso a la totalidad de pretensiones formuladas, indicando que la relación existente entre las partes estuvo regida por un contrato de prestación de servicios cuyos extremos corresponden desde el 1 de diciembre de 2004 al año 2009, fecha en la que decidió dejar de trabajar sin justificación alguna y a partir de enero del año 2011 al 15 de abril de 2018. Frente a los supuestos fácticos aceptó los enlistados en los numerales 1°, 3°, 7°, 14° y 15°, relacionados con que la demandante ingresó a laborar como empleada del servicio doméstico, mediante contrato verbal por días, devengando un día de salario mínimo legal vigente a quien le consignó un título de depósito judicial por concepto de prestaciones sociales, pero no le canceló aportes al sistema de seguridad social en pensiones.

En su defensa formuló las excepciones de fondo que denominó prescripción, compensación, pago total, inexistencia de las obligaciones que se demandan, cobro de lo no debido, enriquecimiento sin causa y genérica. (Expediente digital, PDF EXPEDIENTE DIGITALIZADO 01 107, págs. 47 a 75).

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 21 de julio del 2020, en la que el fallador declaró que entre las partes existieron dos contratos de trabajo, el primero vigente entre el 1° de noviembre de 2003 al 31 de diciembre de 2009, y entre el 1° de enero de 2011 al 30 de marzo de 2018, prestando servicios domésticos en el lugar de residencia de la enjuiciada, en el primero 4 días al mes, mientras que en el segundo durante 2 días al mes; recibiendo por cada día laborado la suma equivalente a un salario diario mínimo legal mensual vigente.

En tal virtud, condenó a la demandada a pagar la sanción por no consignación de cesantías y aportes al sistema de seguridad social en pensiones para la vigencia de los dos vínculos laborales, declarando probada la excepción de prescripción en relación con las prestaciones sociales y vacaciones que se causaron en el primer contrato de trabajo y, de manera parcial respecto de las prestaciones sociales a excepción de la cesantía causadas con anterioridad al 18 de julio de 2015 y vacaciones causadas con anterioridad al 18 de julio de 2014. Así mismo, declaró probada la excepción de compensación y condenó en costas a la vencida en juicio.

Para los fines que interesan al recurso de apelación, citó los artículos 23 y 24 del CST y con ello precisó que reunido los elementos a que refiere el primero de los artículos se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé, ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen, además, dijo que existe una presunción legal de que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato laboral a voces de este último articulado.

Bajo ese horizonte, una vez se adentra al análisis del acervo probatorio, mencionó que la demandada confesó en su interrogatorio de parte que la actora laboró al servicio de ella, desempeñando algunas actividades propias del servicio doméstico, tareas que desarrolló entre el 1° de noviembre del año 2003 y hasta el 31 de diciembre del año 2009, iniciando nuevamente el 1° de enero de 2011 hasta el 30 de marzo de 2018, debiéndose por tanto declarar la existencia de dos contratos de trabajo entre las partes, dado a que la pasiva no desvirtuó los mismos, por el contrario, su conducta estuvo dirigida a admitirlos, tanto así que allega la consignación de prestaciones sociales por el tiempo servido.

Atinente a los aportes al subsistema de seguridad social en pensiones adujo que los mismos resultan procedentes, dado al tiempo servido por la demandante y el carácter de dichos aportes que precisamente se efectúan para construir la pensión de vejez y los riesgos de invalidez y sobrevivencia. Dijo que los aportes no se pagan directamente a la trabajadora, sino que deben ir girados al fondo de pensiones al cual se encuentra afiliada o al que ella elija si no se ha hecho, a través de un cálculo actuarial, con base en el salario mínimo legal mensual vigente por el tiempo laborado entre el 1° de noviembre del año 2003 hasta el 31 de diciembre del año 2009 y, 1 de enero de 2011 al 30 de noviembre de 2013, dado a que hasta esa fecha no había nacido la posibilidad legal de pagar aportes por días o semanas, que lo vino hacer el Decreto 2616 del 20 de noviembre de 2013, por lo que a partir del 1° de 2013 y hasta el 30 de marzo de 2018 las cotizaciones se harán por una semana al mes.

En lo que hace a la sanción moratoria prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 mencionó que no evidencia prueba de que la demandada haya consignado las cesantías a favor de la demandante en un fondo y aunque se realizó un pago a través de un depósito

judicial, ello solo tuvo lugar hasta el año 2018 en virtud de reclamación realizada en el Ministerio de trabajo, por lo que debía condenar a la encartada a su pago, en tanto que no existe un fundamento del impago del citado auxilio, tampoco razones de buena fe. (Expediente digital, audio 11001310502320190052200_L11001310502300000000000_01_20200721_194700_V).

4. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, la **demandada** formuló recurso de apelación argumentando que el A quo no tuvo en cuenta de que en la demanda no se señaló el horario de trabajo durante el cual presuntamente prestaba el servicio la actora, además, a la luz del artículo 23 del C.S.T., al no determinarse subordinación alguna, en consideración a que aquella prestaba sus servicios en diferentes horas, sin el cumplimiento de un horario determinado, mal podría colegirse la existencia de un contrato de trabajo. Indicó que la demandante confesó en el interrogatorio de parte que trabajaba con diferentes empleadores, de manera que tenía el convencimiento de que se trataba de un contrato civil.

Sostuvo que el fallador de primer grado en ningún momento observó que la demandante confesó haber trabajado con otros empleadores, luego a la luz de la sentencia SL 2352 de 2018 y en el evento de que se determine la existencia del vínculo laboral, es desproporcionado la orden impuesta sobre aportes pensionales, habida consideración de que le correspondía pagar el 50% de la condena en caso de así se ratifique, pues hubo concurrencia de contratos. Referente a la sanción por no consignación de cesantías manifestó que no procede de forma automática, debiéndose tener en cuenta la mala fe o buena fe de las partes, quienes no tuvieron la voluntad de que la relación fuese de trabajo, al punto de que la actora no le hizo reclamación alguna frente al pago de sus prestaciones sociales, entre tanto estaban convencidas de la existencia del nexo civil.

Afirmó que la accionante tenía pleno convencimiento de que había celebrado un contrato de prestación de servicios, de acuerdo a las características de la prestación que hizo, dado a que aquella confesó que en ocasiones enviaba a su nuera a prestar las labores, desdibujando la relación laboral que pregona. En lo que hace a la consignación de prestaciones sociales, dijo que ello obedeció a que no quiso entrar en un proceso jurídico, consignando el dinero, ya que no conocía de un número de cuenta bancaria de ella, para proceder con su pago, sin que sea indicativo de que haya aceptado que hubo relación de trabajo. Insistió en que actúa de buena fe y por el contrario denota mala fe de la promotora del proceso, en tanto que, no señaló en la demanda que para el 2010 no prestó sus servicios. Culminó aduciendo que no se demostró su mala fe dentro del proceso, porque estaban convencidas de la existencia del nexo civil dada las características de la labor que desarrolló la actora en su casa. (Expediente digital, audio 11001310502320190052200_L11001310502300000000000_01_20200721_194700_V).

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

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Apelación de sentencia y principio de consonancia. El recurso de apelación interpuesto por la demandada se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por la recurrente.

2. Problemas Jurídicos. Corresponde a la sala dilucidar los siguientes: ¿La señora Rosalba Ipia De Sánchez fungió como empleadora de la actora, como consecuencia de la aplicación del principio constitucional de la realidad sobre las formas? De encontrarse positiva la respuesta, se entrará a determinar (ii) ¿Le asiste derecho al reconocimiento y

pago de la sanción moratoria prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 y aportes pensionales?

3. Relación laboral. Para resolver el primer problema jurídico que concita la atención de la Sala, es preciso señalar que para que se configure la existencia de un contrato de trabajo, se requiere de la presencia indiscutible de los elementos que lo integran, los cuales corresponden según el artículo 23 del CST, a la prestación personal del servicio, la subordinación del trabajador respecto al empleador y el salario como retribución del servicio prestado.

En ese orden, la persona que alegue la existencia de un contrato de trabajo, sólo le basta probar la prestación o la actividad personal para que se presuma legalmente la existencia del contrato de trabajo, conforme al contenido del artículo 24 de la norma sustancial, por manera que la demandada tiene la carga de desvirtuar el trabajo subordinado, con la prueba del hecho contrario. Es decir, al trasladarse la carga de la prueba a la pasiva, ésta ha de acreditar con contundencia que la prestación de servicios lo fue de manera autónoma e independiente a fin de derruir la presunción antes señalada.

De allí que, en búsqueda de la verdad real frente a las formas contractuales habrá de tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 53 de la Constitución Política que consagra el principio de **"la primacía de la realidad sobre las formas"**. En torno a ello, lo que determina si un contrato es o no de trabajo, no es la denominación que le hayan dado las partes al momento de celebrarlo, sino las circunstancias que rodearon la prestación de los servicios convenidos, por lo cual, si de la misma se deduce con certeza que la actividad fue dependiente o subordinada, obviamente se estará en presencia de un típico contrato de trabajo, pues es la principal característica que diferencia esta vinculación de otras, de lo contrario, es decir, que si la actividad la desarrolló el contratado con independencia o autonomía, se estará frente a un contrato de naturaleza común.

En este sentido, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 2171 de 2019, reiteró una vez más tales presupuestos indicando:

> *"Pues bien, reiteradamente, esta Corporación ha indicado que el elemento diferenciador entre el contrato de trabajo y el de prestación de servicios es la subordinación jurídica del trabajador respecto del empleador, poder que se concreta en el sometimiento del primero a las órdenes o imposiciones del segundo y que se constituye en su elemento esencial y objetivo, conforme lo concibió el legislador colombiano en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo al señalar que en el contrato de trabajo concurren la actividad personal de trabajador, el salario como retribución del servicio prestado y la continuada subordinación que faculta al empleador para «exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato».*"

Delimitado así el aspecto normativo sustancial y jurisprudencial aplicable al caso, encuentra la Sala que en el instructivo no existe duda alguna acerca de la prestación personal de los servicios de la señora Blanca Cecilia Quiroga Ballesteros a favor de Rosalba Ipia De Sánchez, en tanto, tal situación fáctica fue aceptada desde la contestación de demanda y las partes no cuestionan las reflexiones del Juez primigenio en torno a ello, además, fue confesado en el interrogatorio de parte que absolvió la pasiva, de modo que, al no controvertir tal afirmación y encontrándose probado que dicho servicio se prestó a su favor corresponderá entonces a esta última desvirtuar la presunción contenida en el artículo 24 del C.S.T., en aras de acreditar a través de los medios de convencimiento que considere suficientes que el vínculo se dio de manera autónoma e independiente, en desarrollo de un nexo diferente al laboral.

Revisado el plenario, no existe prueba, llámese documental, testimonial o cualquier otra, con la cual constatar que la promotora del proceso desempeñó su labor de manera libre y autónoma, desprovista de cualquier elemento subordinante, siendo nulo el esfuerzo de la accionada por desvirtuar la presunción deprecada, sin que para este efecto baste la mera afirmación de que la señora Blanca Cecilia Quiroga Ballesteros ejecutó la labor del servicio doméstico mediante un contrato de prestación de servicios o decir que lo hizo para otros empleadores, pues lo imperativo era demostrar que tal actividad la hizo en forma autónoma e independiente, máxime cuando la actividad realizada para un tercero no constituye una razón sería y fundada para dudar sobre la existencia de relación laboral, dado que la trabajadora cuenta con la posibilidad legal para celebrar varios nexos contractuales, salvo pacto de exclusividad, de conformidad con el artículo 26 del CST, aspecto que tampoco se encuentra plenamente probado en este asunto.

En este punto, llama la atención de la Sala que la pasiva no desplegara actividad alguna tendiente a demostrar que Blanca Cecilia Quiroga Ballesteros haya desarrollado sus funciones de manera autónoma e independiente y así desvirtuar la presunción que operaba, entonces, dada tal falencia probatoria, debe tenerse por cierto que el servicio se prestó con el elemento de la subordinación, de allí que sea desacertada la alzada. Lo anterior, se explica porque todo el andamiaje argumentativo de la demandada se centró en establecer que la actora prestó sus servicios personales a su favor, así como a favor de terceros, sin embargo, no tuvo por objeto desvirtuar la presunción legal de la que se beneficia el extremo activo.

De hecho, es notorio el desacierto en que incurre la censura cuando afirma que la actora en su interrogatorio aceptó que prestó sus servicios a favor de la demandada sin el cumplimiento de un horario, dado a que también lo hacía a otros empleadores y que podía ser reemplazada por su nuera, sin estar sujeta a aprobación o autorización de la señora Rosalba Ipia de Sánchez, hechos que a su juicio desvirtúan la presunción de subordinación, pues de ellos se colige que la accionante era autónoma en el desempeño de sus actividades al delegarlas a terceros.

Conclusión equivocada si en cuenta que se tiene que revisado tal interrogatorio, la Sala no aprecia que la actora, frente al desempeño de labores como empleada de servicio doméstico, hubiera confesado que era autónoma para su ejecución, pues sobre tal aspecto, sólo se tiene que, efectivamente, admitió que trabajaba realizando labores de aseo en la casa de propiedad de la demandada, quien le realizaba su pago de salario y le exigía un horario de 7:00 a.m. a 5:30 o 6:00 p.m. Aceptó que trabajó para otras personas en los días que no laboraba para la pasiva quienes no le hicieron cotizaciones al sistema de seguridad social, además, que en dos ocasiones no pudo cumplir con sus funciones por problemas de salud, caso en el cual la suplió su nuera.

Como se hace notar, ninguna confesión se deriva de la actora tendiente a afirmar que sus servicios en el contexto del convenio celebrado, estaban provistos de autonomía e independencia, sin sujeción a poder subordinante de la convocada al proceso. Entonces, se advierte que es desacertado considerar que era autónoma frente al desempeño de las laborales como empleada del servicio doméstico, por el hecho que durante sus ausencias derivadas de los problemas de salud que la aquejan, en su reemplazo iban a cumplir con sus actividades su nuera.

Además, no se predica de su dicho que esas ausencias y reemplazos fueran de manera permanente, para decir que el elemento intuitu personae que caracteriza a los contratos de trabajo, se quebrantó al acordarse que terceros tuvieran la posibilidad real de satisfacer el servicio pactado, pues, sobre este punto no hizo mención la señora Quiroga, pues solo

se remitió a señalar que la reemplazaron frente ausentismos derivados de sus quebrantos de salud y no que pudiese delegar a terceros para realizar la actividad de aseo. Adicionalmente, tampoco se demostró que el valor del trabajo correspondiente a esos días le fuera cancelado directamente a la accionante o a quien realizaba sus reemplazos debido a la licencia por enfermedad.

De manera que los demás medios de convicción no dan cuenta de tal situación, aunado a que, como lo esgrimió el fallador de primer grado, estos llevan a la firme convicción que la prestación de servicios fue dependiente y subordinada, así se desprende del propio dicho de la demandada en su interrogatorio de parte, quien, indicó de forma diáfana que conoció a la demandante en tanto que fue contrata para hacer el aseo de su casa por días y pese a no tener un horario, le canceló sus acreencias laborales mediante la constitución de un depósito judicial. Y si ello no fuese suficiente para tener por acredita el laborío, para la Sala es claro que dada a la naturaleza de la actividad que realizó la promotora, esta no podía desarrollarse de forma autónoma e independiente, como en su momento lo pretendió ver la encartada, y, por el contrario, estaba atada al sometimiento de la actora a órdenes, directrices y sugerencias de la encartada y por supuesto al cumplimiento de un horario.

Así las cosas, se tiene que la presunción de la cual fue beneficiaria la activa no fue derruida por la pasiva, en tanto que el haz probatorio fue suficiente para acreditar que el servicio contratado, en realidad, no se ejecutó con libertad y autonomía técnica, científica y directiva, de ahí que sean desatinados los argumentos que utilizó la censura para desestimar lo que bien llegó a colegir el A quo, cuando arribó a la conclusión sobre la existencia de la relación laboral que ató a las partes, siendo del caso precisar que la declaración que surtió la pasiva no resulta suficiente para probar tales circunstancias, como lo pretende valer el apoderado judicial de la misma parte, pues es claro que nadie puede elaborar a su favor su propia prueba, para sacar provecho y beneficiarse de ella.

Razones más que suficientes para confirmar la sentencia de primer grado en lo que hace a este punto de reproche.

4. Sanción por falta de consignación del auxilio de cesantía. La cesura cuestiona en rigor la equivocación en la que incurrió el cognoscente de primer grado al inferir la existencia de mala fe del empleador en la falta de consignación a un fondo de las cesantías causadas en virtud del linaje laboral.

Frente a ello cumple precisar que con arreglo al artículo 99 de la Ley 50 de 1990, a 31 de diciembre de cada año el empleador liquidará definitivamente el auxilio de cesantía, por la anualidad o por la fracción correspondiente, sin perjuicio de la que deba efectuar en fecha diferente por la terminación del contrato de trabajo, valor que consignará antes del 15 de febrero del año siguiente, en cuenta individual a nombre de la trabajadora en el fondo de cesantía que ésta elija. El incumplimiento de dicho plazo genera como sanción el pago de un día de salario por cada día de retraso en el depósito. Cabe señalar, que la indemnización por no consignación del auxilio de cesantía en el fondo seleccionado por la trabajadora está condicionada al examen o apreciación de los elementos subjetivos relativos a la buena o mala fe que guiaron la conducta de la empleadora acreditados en el expediente (SL417-2021).

Bajo ese horizonte, en el caso *sub judice* el hecho de escudar el incumplimiento del deber legal de pagar el auxilio de cesantía durante la ejecución del nexo contractual, pretextando un contrato de naturaleza distinta a la laboral, cuando en la relación contractual estuvo presente la subordinación jurídica de la empleadora, no puede ser indicativo de buena fe,

sino de una conducta contraria a ella, que se pretendió legitimar con una vinculación mediante un contrato de prestación de servicios, que no corresponde con la realidad.

Así las cosas, como quiera que la cesantía no fue consignada en su oportunidad, no erró el fallador de primer grado en condenar a la convocada a juicio al pago de la sanción contemplada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, menos aun cuando advirtió la inexistencia de probanza tendiente a demostrar que el actuar de la demandada estuvo revestido de buena fe, pues no era suficiente con argüir que se tuvo el pleno convencimiento que entre las partes se pactó un acuerdo de naturaleza civil, cuando los mismos medios de convicción vertidos al proceso daban cuentan, sin mayores discusiones, que la dadora de laborío quiso utilizar de forma indebida la vinculación de la actora a través de la citada forma de vinculación, ocultando que en verdad la relación rigió bajo los elementos constitutivos propios del contrato de trabajo, pues así se vislumbra de la actividad personal que desarrolló, misma que se realizó bajo su estricta subordinación y poderío, sin que fungiera como contratista, por lo que mal haría esta Sala exonerar a la enjuiciada de la sanción que persigue el extremo activo.

En esas condiciones, se sigue confirmar la decisión de primer grado confutada, pues ninguna equivocación incurrió el A quo en ordenar el pago de esta sanción.

5. Aportes al sistema de seguridad social en pensiones. Atinente a esta punto de reproche, conviene recordar que el artículo 23 del Decreto 1703 de 2002, permitió a los contratistas efectuar el pago de sus cotizaciones al sistema de seguridad social integral sobre el 40% de la totalidad de ingresos percibidos en el ejercicio de sus funciones, empero, tratándose de trabajadores en desarrollo del vínculo contractual su aporte debe atender el 100% del salario devengado, sobre el cual debe aplicarse un 12.5% como aporte al sistema de salud, del cual corresponde el 4% al trabajador y el 8.5% al empleador, conforme a lo preceptuado en el artículo 10 de la Ley 1122 de 2007, que modificó el art. 204 de la Ley 100 de 1993; y un total de 16% como aporte en el sistema pensional, correspondiéndole un 4% al trabajador y del 12% al empleador, en consonancia con lo establecido en el Decreto 4982 de 2007.

Conforme a lo anterior, al no evidenciar prueba que permita colegir el pago de los aportes dentro de los períodos declarados por el A quo, es claro que debe ordenarse a la señora Rosalba Ipia De Sánchez, en su calidad de empleadora, a su pago al fondo de pensiones que elija la demandante o al que se encuentre afiliada, sin que sea dable acoger los argumentos de la censura, según los cuales en el presente caso deben concurrir sus otros empleadores en la cotización de sus aportes pensionales en proporción al periodo de vigencia de la relación laboral declarada, tal y como aduce se señaló en sentencia SL 2352 de 2018.

Leída con detenimiento la providencia, la citada Corporación de ninguna manera concluye tal aserción. Es decir, no es verdad que en su facultad de interpretación judicial haya fijado un alcance diferente a lo normado en la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003 y en el Decreto 2616 de 2013, ni menos tendiente a que los empleadores, en el caso de trabajadoras del servicio doméstico por días, deban cancelar únicamente el 50% del aporte pensional. Por el contrario, lo que se evidencia de la lectura de la providencia, es que para esta clase de trabajadoras donde laboran por días con distintos empleadores, estos deberán cotizar al sistema de seguridad social conforme a los días laborados con cada uno de ellos con base en el salario mínimo mensual legal vigente.

Situación que no difiere del presente asunto, pues al declararse la existencia de la relación laboral, como trabajadora del servicio doméstico, sin lugar a dudas le corresponde a la empleadora cancelar los aportes pensionales no efectuados, teniendo en cuenta la

reglamentación vigente en materia de seguridad social en pensiones, que no es otra que la Ley 100 de 1993 y el Decreto 2616 de 2013, esto es, teniendo en cuenta los días efectivamente laborados, en los términos que señaló el juzgador de primer grado.

Bajo ese contexto, no es factible, por tanto, considerar que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en su rol de máxima autoridad de la jurisdicción laboral, haya definido otros alcances de la norma en punto a que en casos como los aquí debatidos el empleador le corresponderá el 50% del valor del aporte a pensión para los casos de trabajadores del servicio doméstico que laboran por días o deban en concurrir en proporción al tiempo servido.

Resulta evidente, entonces, que el apoderado judicial de la demandada pretende con su argumentación se desconozca abiertamente el criterio que ha fijado la máxima Corporación judicial, en los asuntos como los que hoy atañe al estudio de la Sala, sin exponer una razón válida; al punto que para fundamentar su apelación varió el alcance dado en la sentencia SL 2352 de 2018 y en su afán de tildar de errónea la sentencia de primer grado, realiza una cita deliberadamente inexacta y contraria a lo que en verdad se analizó lo que obliga a esta Sala de Decisión Laboral a recordar "*que los apoderados judiciales tienen el deber de «proceder con lealtad y buena fe en todos sus actos» y de «obrar sin temeridad en sus pretensiones o defensas y en el ejercicio de sus derechos procesales», así como de abstenerse de realizar «citas deliberadamente inexactas», so pena de recibir las sanciones correspondientes (arts. 78 # 1 y 2 y 79 del Código General del Proceso).*" (AC2730-2021)

Por lo dicho, se mantendrá incólume la decisión de primer grado, no sin antes precisar que en lo atinente al descuento del porcentaje del 25% que le correspondía sufragar a la demandante por concepto de aportes a pensión, ha de advertirse el mismo no procede y, por ende, corresponde a la accionada sufragar la totalidad de la cotización, como así lo indicó la misma Corporación en sentencia SL 2791 del 28 de julio de 2020, en la que expresó:

> *"Lo anterior se traduce en que es el empleador quien debe asumir íntegramente el valor del cálculo actuarial, por cuanto en el periodo en que no medió afiliación, independiente de la razón para ello, era el único responsable del riesgo pensional, en tanto que, en tal interregno la obligación estuvo a su cargo. De ahí que, no le asista razón a la censura de pretender que el valor del cálculo actuarial sea distribuido entre él y el extrabajador en la misma proporción prevista legalmente para los aportes pensionales (sentencias CSJ SL3807-2019 y CSJ SL1179-2020).*
>
> *Aunado a lo anterior, recuérdese que la obligación de cubrir los tiempos servidos por el actor cuando no hubo cobertura del Instituto de Seguros Sociales, a través de cálculo actuarial, se derivada del artículo 76 de la Ley 90 de 1946 y de las previsiones del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, como se explicó ampliamente en el ataque anterior, disposiciones estas que no previeron que el trabajador deba concurrir en su pago.*
>
> *(…)*
>
> *En los términos del citado precepto legal, corresponde al «empleador o la caja» el traslado del cálculo actuarial, sin que en parte alguna haga alusión a obligación de ese pago también en cabeza del trabajador, cuyos riesgos, se itera, antes de la cobertura del ISS, estaban a cargo exclusivo del primero.*
>
> *De ahí, que el Juez de alzada no haya incurrido en aplicación indebida del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9° de la Ley 797 de 2003.*
>
> *Además, sería desproporcionado pensar en que el trabajador deba concurrir con el pago del cálculo actuarial, en razón a que éste como parte débil de la relación laboral, tendría al final que asumir por su cuenta parte del derecho y todas las gestiones administrativas para satisfacerlo, lo cual podría afectar la materialización del derecho pensional. En consecuencia,*

por todo lo expuesto, el Tribunal no cometió el error jurídico que se le endilga, por ende, el cargo no prospera".

6. Costas. En esta instancia a cargo de la demandada, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado. Las de primera se confirman.

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 21 de julio del 2020, por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas en esta instancia en favor de la parte demandante y a cargo de Rosalba Ipia De Sánchez. 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

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

AUTO PONENTE

Costas en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor de **BLANCA CECILIA QUIROGA BALLESTEROS** y a cargo de **ROSALBA IPIA DE SÁNCHEZ**, en la suma de $2.000.000.

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:	***GERMÁN GUILLERMO SANDOVAL PINZÓN***
DEMANDADO:	***COLPENSIONES, PORVENIR S.A, PROTECCIÓN S.A, y COLFONDOS S.A.***
RADICACIÓN:	***110013105-015-2021-00945-01***
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 consecuencialmente 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 efectuad 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 compresible 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 respeto 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 sanea 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 recodarse 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:

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

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",* 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 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 compresible 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 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 SL2877/20, 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.

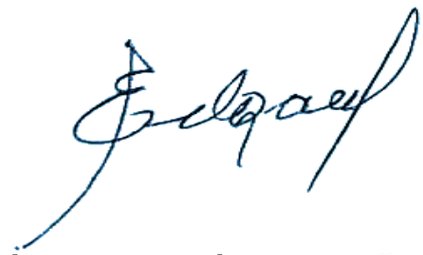
SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia en todo lo demás, la sentencia objeto de apelación y consulta.

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:	RODRIGO ANTONIO CORTÉS RODRÍGUEZ
Demandados:	SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE SI 99 S.A. Y VÍCTOR RAÚL MARTÍNEZ PALACIO
Radicado No.:	29-2019-00668-01
Tema:	CONTRATO DE TRABAJO- APELACIÓN DE SENTENCIA- REVOCA

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. Rodrigo Antonio Cortés Rodríguez instauró demanda ordinaria contra Sistema Integrado de Transporte SI 99 S.A. y Víctor Raúl Martínez Palacio, con el propósito de que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido, que tuvo vigencia entre el 4 de abril de 2004 al 30 de junio de 2019. Como consecuencia de ello, se condene a los demandados al pago de la remuneración de media hora diaria laborada, trabajo suplementario, reliquidación de prestaciones sociales, vacaciones y aportes pensionales, auxilio o bono no prestacional como salario, indemnización por despido sin justa causa, indemnización moratoria, indexación, los derechos que resulten probados con base en las facultades ultra y extra petita y costas procesales.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que laboró de manera personal e ininterrumpida mediante un contrato de trabajo desde el 12 de abril de 2004 al 30 de junio de 2019, desempeñando el cargo de operador de bus articulado, devengando un salario al inicio de la relación laboral de $770.000 y una bonificación de $200.00, sin que esta última haya sido incluida como factor salarial, pese a ser continua e ininterrumpida. Sostuvo que el citado vínculo se pactó en un comienzo a término fijo por un año, pero se convirtió a término indefinido por cuanto siguió trabajando de manera continua e ininterrumpida hasta la fecha de terminación sin justa causa.

Expuso que como operador de bus articulado se pactó una jornada laboral de 6 horas diarias, sin embargo, debía iniciar su labor media hora antes, dado a que debía realizar el alistamiento del automotor y verificar que estuviera en condiciones para la operación. Advirtió que nunca se le pagó la media hora, además, aunque en vigencia del nexo contractual laboró dominicales y festivos, empero, se registró un salario menor al que realmente devenga, lo cual incidió en el pago de prestaciones sociales, vacaciones y aportes al sistema de seguridad social. (Expediente digital, PDF 001ExpedienteaFolio109, págs. 107 a 122).

2. Contestación de la demanda

2.1. Víctor Raúl Martínez Palacio. Al momento de descorrer el término de traslado se opuso a la totalidad de pretensiones formuladas, señalando que como persona natural no

ha tenido nunca ningún tipo de vínculo laboral con el demandante. Frente a los hechos no aceptó ninguno de estos y en su defensa propuso como excepciones previas las de indebida representación de la parte demandada e ineptitud de la demanda y como de fondo las que denominó inexistencia de la obligación, falta de causa en las pretensiones por parte del demandante, prescripción, cobro de lo no debido, compensación y genérica. (Expediente digital, PDF 02CDFolio108Contestación)

2.2. Sistema Integrado de Transporte SI 99 S.A. En su contestación a la demanda se opuso a las pretensiones de esta, indicando que los extremos de la relación laboral corresponden del 12 de abril de 2004 al 30 de junio de 2019, mismo que finalizó por la terminación de la obra o labor contratada. Refirió que la remuneración pagada al actor fue la pactada en el vínculo contractual, razón por la cual, nada adeuda, ya que no debía laborar "media hora diaria" adicional.

Esbozó que dentro de sus funciones no estaba el alistamiento del bus, en tanto que el trabajo del actor era conducir los buses articulados, dentro del horario y en los turnos indicados por la empresa, conforme a la programación de Transmilenio, sin sobrepasar la jornada del contrato de trabajo. Explicó que las prestaciones sociales, aportes a seguridad social integral y vacaciones fueron liquidadas y pagadas con base en el salario devengado por el accionante, además, fueron canceladas de manera completa y oportuna.

Agregó que la bonificación pagada al actor no es salario, pues no retribuye directamente el servicio y era un pago por mera liberalidad del empleador, dado que se cancelaba por el cumplimiento grupal de las metas de la empresa. Aceptó los hechos enlistados en los numerales 3° y en los demás dijo no ser ciertos. Formuló como excepciones de fondo las que denominó inexistencia de la obligación, inexistencia de derechos por parte del demandante, prescripción, cobro de lo no debido, buena fe, falta de título y causa, compensación y genérica. (Expediente digital, PDF 2019-668 Contestación Sistema Integrado de Transporte)

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 18 de agosto de 2022, en la que la falladora condenó al Sistema Integrado de Transporte SI 99 S.A., a reconocer y pagar al actor por concepto de indemnización por despido sin justa causa, la suma de $15.519.630, debidamente indexada.

Para los fines que interesan al recurso de apelación, refirió en primera medida que no existe duda alguna de la existencia de la relación laboral y extremos temporales de la relación laboral, en tanto que estos fueron aceptados por la pasiva, de manera que el problema jurídico que debía dilucidar, entre otras cosas, si había lugar al pago de la indemnización por despido sin justa causa. Con tal propósito, comenzó a decir que en tratándose de relaciones laborales no se puede afirmar que exista igualdad de partes como si se puede predicar de otro tipo de contratos como por ejemplo los de carácter civil o comercial, dada la asimetría entre el trabajador y el empleador. Aludió a que efectivamente las normas laborales nacionales e internacionales buscan hacer menos gravosa esta desigualdad, para ello fijando principios, en tanto es considerado el trabajo como fundante del estado social de derecho.

En perspectiva de lo anterior, citó los artículos 13 y 43 del C.S.T., 25 y 53 de la C.P., así como las sentencias SL 911 de 2016 y SL 814 de 2018 y con ello significó que le corresponde al trabajador en juicio el hecho del despido y a la demandada la justeza y legalidad del mismo, encontrando probado el primer presupuesto con la carta adiada junio 30 de 2019. Ahora, para establecer si fue con o sin justa causa la finalización de la relación laboral, recordó que el contrato laboral celebrado el 12 de abril de 2004, fue bajo la modalidad a término fijo inferior a un año, el cual se prorrogó automáticamente,

suscribiéndose entre las partes un otrosí, mismo con el que se varió su duración al de obra o labor contratada.

Dijo que pese a que se aportó la Resolución 589 de 2017, por medio de la cual se estableció que el contrato de concesión culminaría el 30 de julio de 2019, evidenciaba que la sociedad accionada tenía conocimiento de que con anterioridad al año 2019, el nexo comercial o civil finalizaría, puesto que tenía una fecha cierta, lo que significaba que esa contingencia no se presentó para la fecha en que fue suscrito el otrosí, por lo que colegía que con la citada modificación se desconocieron derechos laborales del trabajador, especialmente se restringió el pago de la indemnización por despido sin justa causa prevista en el artículo 64 del C.S.T.

Bajo ese horizonte, entendió que como el contrato de trabajo se prorrogaría hasta el 11 de marzo del año 2020, el otrosí "*trunco al trabajador"* el pago de la indemnización por despido sin justa causa, dado a que el empleador tenía pleno conocimiento de cuando culminaría el contrato de concesión con Transmilenio, por manera que, atendiendo a la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y principios constitucionales e internacionales, esencialmente el principio de realidad sobre las formas, señaló que el trabajador demandante le asiste el derecho a la indemnización reclamada, liquidada con base en la modalidad contractual inicialmente celebrada. (Expediente digital, audio 016GrabaciónAudienciaFallo)

4. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, la **demandada** formuló recurso de apelación argumentando que la A quo valoró en indebida forma el otrosí por medio del cual las partes cambiaron la modalidad contractual de término fijo por un año a uno de obra o labor contratada, facultad que se encuentra prevista para que las partes puedan hacer ajustes al nexo inicialmente celebrado. Manifestó que las dos modalidades contractuales cuentan con un tiempo de duración determinada, pues mientras uno finaliza por la expiración del plazo pactado, el otro una vez la obra contratada culmine, de manera que como lo manifestaron la testigo Karen Rodríguez y representante legal de la compañía, en la resolución que se aportó suscrita por Transmilenio, se mencionó una fecha tentativa de terminación, por lo que no se tenía certeza clara y precisa de la fecha real del finiquito de la relación laboral.

Consideró que el contrato inicialmente celebrado tenía una duración de tres meses, por lo que para el año 2005, este ya había cumplido su cuarta prórroga, manteniéndose por periodos iguales de un año, debiéndose por tanto para su culminación preavisar con anterioridad al 12 de marzo de 2019. Lo anterior, con miras a precisar que, si el otrosí se suscribió un mes antes de esa data, la intención de la compañía no era evadir de la responsabilidad de pagar indemnización por despido injustificado, sino ajustada a las nuevas necesidades de la compañía o a las situaciones que dependían de Transmilenio, de allí que las partes de manera libre y voluntaria hayan acordado el cambio de la duración contractual.

Aseguró que en la demanda se plantea un vicio en el consentimiento en la suscripción del otrosí, sin embargo, no existe medio probatorio indicativo de que al actor se le haya coaccionado o que hubiere existido error o dolo en la suscripción del documento, por el contrario, tenía total libertad de suscribirlo, pues de no hacerlo se entregaría el preaviso y por ende la relación laboral finiquitaría. Insistió que la modificación contractual se realizó atendiendo los parámetros legales, sin embargo, aun cuando se mantenga la sentencia de primer grado, la liquidación de la indemnización no corresponde al valor real que debe ser reconocido, pues al no decretarse la ineficacia o nulidad del otrosí, la regla para indemnización este tipo de contratos no es equivalente al número de meses señalados por la norma, sino que debe ser al tiempo en que estuvo vigente la obra o labor

contratada, esto es, cuando finalizó la ejecución de la actividad como operador de bus articulado de Transmilenio, siendo esta el 30 de junio de 2019, es decir, hasta que estuvo vigente la concesión. (Expediente digital, audio 016GrabaciónAudienciaFallo)

5. Alegatos de conclusión. La **demandada** alegó en su favor aduciendo que el contrato de trabajo terminó el 30 de junio de 2019 por finalización de la obra o labor contratada en virtud de lo establecido en el literal d), del numeral 1° del artículo 61 del C.S.T., esto, en atención al otrosí suscrito entre las partes, mediante el cual se pactó que la obra o labor contratada consistiría en la atención del proyecto de concesión para la prestación del servicio público de transporte masivo en el Sistema Transmilenio en Bogotá, en los términos del contrato de concesión celebrado el 19 de abril de 2000 como consecuencia de la licitación pública No. 001 de 1999.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Apelación de sentencia y principio de consonancia. El recurso de apelación interpuesto por la demandada se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por la recurrente.

2. Problema Jurídico. Corresponde a la sala dilucidar el siguiente: ¿El demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la indemnización por despido sin justa causa, teniendo en cuenta que el otrosí que suscribió el 13 de febrero de 2019 se encuentra afectado por un vicio del consentimiento que da lugar a su nulidad o menoscaba derechos laborales del trabajador?

3. Contrato de trabajo, salario y sus extremos. Para resolver el problema jurídico que concita la atención de la Sala, es preciso señalar que las partes no cuestionan las reflexiones de la Juez primigenia en torno a la existencia de la relación laboral que existió entre el actor y Sistema Integrado de Transporte SI 99 S.A., sus extremos temporales, cargo y salario devengado. Situaciones fácticas que no sobra precisar son corroboradas con el contrato de trabajo, otrosí de mutuo acuerdo, certificación laboral y carta de terminación del vínculo contractual (Expediente digital, PDF 2019-668 Contestación Sistema Integrado de Transporte, págs. 61 y ss.)

4. Indemnización por despido sin justa causa. Es menester señalar que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, tiene definido que en tratándose de discusiones relativas a la legalidad o justeza de la terminación del contrato laboral, al trabajador le corresponde la demostración del despido, en tanto, al empleador le incumbe la carga de probar que para adoptar dicha decisión se ajustó en un todo a los parámetros legales, convencionales o contractuales consagrados para tal efecto y demostró la ocurrencia de los hechos endilgados como soporte de la determinación (SL180-2018, CSJ SL 5523-2016, CSJ SL 15094-2015 y CSJ SL 592-2014).

Adicionalmente, se debe resaltar que con arreglo al parágrafo del artículo 62 y el artículo 66 del CST, la parte que termina el contrato de trabajo debe comunicar a la otra al momento de la finalización del vínculo, la causal o motivo de su terminación, sin que posteriormente pueda variarse, para ello, no basta con invocar genéricamente una de las causales previstas por la ley laboral sino que es necesario precisar los hechos específicos que sustentan la determinación, pues como ha señalado nuestra Corte Constitucional, la finalidad de la norma es permitir que la otra parte conozca las razones de la finalización unilateral de la relación de trabajo (C-594-97).

Conforme a lo atrás dicho, se advierte que para efectos de verificar si la parte actora cumplió con la carga probatoria, en lo que hace a la terminación del vínculo laboral con vigencia entre 12 de abril de 2004 al 30 de junio de 2019, se sostuvo desde el libelo introductorio como sustento de la indemnización pretendida, que el contrato de trabajo se pactó inicialmente bajo la modalidad a término fijo por un año, "*pero se convirtió a* ***término indefinido****, por cuanto se siguió trabajando de manera ininterrumpida hasta el 30 de junio de 2019"*, de ahí que las razones dadas por el empleador no justifican el desahucio laboral, frente a lo cual, insiste la pasiva, que contrario a lo indicado, el nexo finalizó por la culminación de la obra o labor contratada en virtud de lo establecido en el literal d) del numeral 1° del artículo 61 del C.S.T., si se atiende al otrosí suscrito entre las partes, mediante el cual se varió la modalidad contractual, misma que quedó atada al proyecto de concesión para la prestación del servicio público de transporte masivo en el Sistema Transmilenio en Bogotá, en los términos del contrato de concesión celebrado el 19 de abril de 2000 y que concluyó el 30 de junio de 2019.

Punto sobre el cual aduce la falladora primer grado que la modificación realizada al contrato de trabajo previamente celebrado entre las partes desconoció derechos laborales del trabajador, pues no le permitió a este a acceder la indemnización por despido sin justa causa, ya que a voces de la Resolución 589 de 2017, el empleador tenía conocimiento que el contrato de concesión culminaría el 30 de julio de 2019, por tal razón, al cambiar la duración del contrato de trabajo, evitaba el pago de la señalada acreencia laboral. La impugnante aduce que la Juzgadora de primer grado se equivocó en la valoración probatoria respectiva, dado de que la misma se colegía que no tenía la intención de evadir la responsabilidad en su pago, pues el finiquito laboral se ajustó a la modalidad contractual que suscribieron las partes y que iba ajustado a las nuevas necesidades de la compañía y que dependía de Transmilenio, de allí que hayan acordado de manera libre y voluntaria el cambio de la duración contractual.

El debate en esos términos se centra en determinar si erró la A quo al no concluir que la terminación del convenio suscrito con la llamada a juicio fue conforme al literal d) del art. 61 del C.S.T. Sobre el particular, ciertamente aparece probado que las partes al inició de la relación laboral celebraron un contrato de trabajo a término fijo, cuya duración, atendiendo la literalidad de su parte introductoria, se circunscribe a:

> *"Término Inicial del Contrato: Un (1) Año*
> *Fecha de Iniciación de Labores: Abril 12 del 2004*
> *Fecha de Vencimiento: Abril 11 del 2005"*

Frente a ello debe decirse de manera preliminar que el contrato de trabajo a término fijo tiene unas características notables que los hacen diferentes de las demás modalidades. Su término de duración, naturalmente, es una condición preponderante en su distinción; razón por la cual, además, de constar por escrito, en él debe indicarse la voluntad de las partes de someterlo o ejecutarlo dentro de un tiempo previamente convenido, pudiendo prorrogarse de acuerdo con las hipótesis legales previstas, sin que por ello pierda su esencia ni cambie la modalidad de indefinido, a menos que así lo dispongan las partes antes de generarse la tácita reconducción o en el momento de su finalización, cambiando la modalidad y duración del contrato de trabajo.

Es por ello que la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia siempre ha mantenido su postura en determinar que el contrato de trabajo a término fijo, "*goza de plena validez y eficacia en nuestro ordenamiento jurídico, a la vez que las formas a través de las cuales se estructura, se desarrolla y se termina conforme lo establecen con claridad, entre otros, los arts. 46, 55 y 61 del CST. La razón es sencilla y es que debe entenderse que a pesar de que el contrato de trabajo a término indefinido es la regla general de la vinculación tal como lo prevé el art. 47 Ibídem, el legislador dota al empleador de otras modalidades*

contractuales para que pueda adecuar sus nóminas y personal a las necesidades cambiantes de la producción o de la prestación de servicios." (SL15610-2016)

Así, véase cómo el legislador realza este tipo de vinculación laboral, al otorgarle como unas de las formas de terminación del contrato, la expiración del plazo fijo pactado, conforme a lo dispuesto en el artículo 61 del C.S.T., lo cual no es equiparable al despido sin justa causa.

En armonía con lo atrás dicho, es errado sostener como lo hizo el actor cuando aseguró que la modalidad contractual previamente celebrada varió a la de un convenio a término indefinido, por el hecho de que el mismo haya perdurado en el tiempo, sin interrupción alguna, pues la circunstancia de que no haya solución de continuidad dado que se ejecutó a través de diversas prórrogas, no hace que el contrato de trabajo a término fijo pierda su esencia o varíe al de duración indefinida, máxime cuando la voluntad de la partes no fue otra que suscribir un contrato de duración fija, decisión está amparada en el artículo 46 del C.S.T.

De suerte que, como la naturaleza del contrato de trabajo a término no cambia por el hecho de que se prorrogue varias veces, debe tenerse por cierto que entre las partes al inicio del linaje laboral se fijó que la modalidad contractual lo sería definido. Ahora, aparece probado en el expediente digital que, con posterioridad a su suscripción, entre las mismas acordaron un "OTROSÍ DE MUTUO ACUERDO ANEXO AL CONTRATO DE TRABAJO ", según el cual se dejó por sentado que:

- *"**EL EMPLEADO** suscribió un contrato a término fijo inferior a un (1), el cual se prorrogó automáticamente por tres (3) veces, siendo la fecha de vencimiento de la última prórroga el ONCE (11) de ABRIL de 2019.*

- ***EL EMPLEADOR** procedió en cumplimiento de ley al preaviso escrito con CINCUENTA Y OCHO días de antelación (fecha de entrega trece (13) de febrero de 2019), a través del cual se reportaba que la finalización del contrato se ejecutaría el ONCE (11) de abril de 2019.*

- *En este momento, **EL EMPLEADOR** presenta una necesidad objetiva dado la terminación de la concesión para la prestación del servicio público de transporte masivo urbano de pasajeros en el Sistema Transmilenio en la ciudad de Bogotá, proyecto al cual se vinculó al empleado, y por este evento, se ha entrado en una fase de contingencia.*

- *Las anteriores, consideraciones son las que han generado la necesidad de, previo acuerdo con **EL EMPLEADO**, migrar el contrato de término fijo por un contrato de labor determinada.*

- ***EL EMPLEADO** manifiesta expresamente que es consciente y conocedor de la situación razón por la cual, ratifica que el presente acuerdo se celebra de buena fe y que no existe perjuicio por el cambio de modalidad contractual, de un contrato precario a otro de la misma naturaleza.*

  *(…) **PRIMERA. - TÉRMINO Y DURACIÓN.** A partir del día CATORCE (14) de FEBRERO de 2019, las partes acuerdan pactar que el período o término de duración del presente contrato estará atado a la duración de la labor de OPERADOR DE BUS ARTICULADO, de acuerdo con las necesidades que deriven del proyecto de concesión para la prestación del servicio público de transporte masivo urbano de pasajeros en el Sistema Transmilenio en la ciudad de Bogotá, contrato celebrado el 19 de abril de 2000, como consecuencia de la licitación pública No. 001 de 1999 (…)"*

Como se dijo con anterioridad, ninguna discusión se generó en torno a la modificación de la modalidad de duración del contrato que celebraron las partes, pues no fue desconocida ni argüida por las partes, dado que la inconformidad se centró por la parte demandante en decir que había lugar al pago de la indemnización por despido sin justa por el hecho de que el contrato de trabajo a término fijo se convirtió a término indefinido por el paso el tiempo, de manera que al dejarse por fuera esa discusión, debía llegarse a la conclusión de que los antagonistas convinieron que a partir del 14 de febrero de 2019 el nexo laboral previamente pactado ya no lo sería bajo la modalidad a término fijo, sino por duración de la obra o labor determinada, modalidad consagrada en el artículo 45 del C.S.T.

Es que resulta claro que la estipulación contractual esbozada en vigencia de la relación laboral, lo que indica es que las partes quisieron modificar la duración del contrato ya existente, esto es, de término fijo al de obra o labor contratada, lo cual deja en evidencia que su verdadera intención al suscribirse, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, no era construir una nueva relación laboral, sino de mantenerla aún más en el tiempo, dado que el empleador pese a que decidió no continuar con los servicios del trabajador al entregar el preaviso que rige en los contratos por duración definida al trabajador el 13 de febrero de 2019, finalmente resolvió, motivado por las necesidades de la empresa, variar la modalidad contractual al de obra o labor contratada, intención esta que estuvo presente y se materializó hasta el 30 de junio de 2019, data para la cual se culminó el contrato de concesión que celebró la convocada a juicio con Transmilenio S.A., circunstancia que además tampoco fue desconocida por la misma parte demandante.

Lo anterior, además por cuanto se advierte que el cambio de la duración contractual fue producto del mutuo acuerdo y no de una decisión unilateral; variación amparada en el ejercicio de la autonomía de la voluntad, por ello, no puede ser de recibo que el accionante quien suscribió el otrosí, pretenda ahora desconocerla a través de esta vía judicial sin presentar prueba alguna que acredite la existencia de algún vicio en su consentimiento o la vulneración del mínimo de derechos y garantías consagradas por la ley laboral a su favor.

Conforme a ello, acierta la censura al aducir que no se acredita hecho alguno que viciara el consentimiento para suscribir la modificación contractual, en tanto que los medios de convicción no dan cuenta de cosa diferente, pues el actor no acreditó con suficiente certeza que sufrió de engaño, dolo y aprovechamiento por parte de la encartada para lograr su firma. Además, siguiendo los derroteros expuestos por nuestra CSJ, en especial, en sentencia SL814-2018, nada impide en el derecho positivo del trabajo que los contratantes decidan variar las condiciones de trabajo, siempre y cuando resulten válidas y correspondan a la realidad, lo que sucede en este asunto, dado que del caudal probatorio no se infiere que la intención del empleador fuera la de eliminar las garantías laborales de su trabajador.

Por el contrario, lo que se evidencia es que con la suscripción del otrosí se pretendió entre las partes mantener vigente el contrato de trabajo previamente celebrado, solo que el cambio de modalidad respondió a las determinadas circunstancias y necesidades de los contratantes. Además, se debe precisar por la Sala que las causales de terminación del contrato de trabajo son taxativas, conllevando a que, por la modalidad del nexo que venía gobernando a las partes, la causal referida por la demandada en comunicación fechada 13 de febrero de 2019, para dar ruptura al nexo, se enmarca en las previstas el artículo 61 del C.S.T, entonces, encontrándose la determinación dentro de los precisos límites normativos, ya que la decisión de no contar con los servicios de su trabajador contratado en condiciones de temporalidad, fue informado mediante preaviso con treinta días de antelación al plazo pactado, implicaba para el trabajador la dejación del empleo, sin tener derecho al reconocimiento de la respectiva indemnización conforme al artículo 64

ejusdem, pues el vencimiento del plazo fijado pactado no equivale al despidió sin justa causa, toda vez que constituye un modo legal de terminación con arreglo a lo dispuesto en la norma sustantiva.

De manera que, siendo claro que, al cabo de la última prórroga del contrato de trabajo, es decir, la comprendida entre el 12 de abril de 2018 al 11 de abril de 2019, su empleador con 30 días de antelación al vencimiento manifestó clara e inequívocamente su intención de no prorrogar el citado contrato, cumpliendo así con lo dispuesto en el artículo 46, numeral 1 del C.S.T., al suscribir el otrosí por las partes se arriba a la conclusión de que los contratantes quisieron mantener en vigencia la relación laboral por otro lapso, el cual se supedita a la vigencia del contrato de concesión 001 de abril de 2000, modificado por la Resolución 589 de 2017, lo que conlleva a que la relación contractual permaneciera vigente por espacio 2 meses y 19 días más, lo que denota que el interés del dador del laborío fue de mantener en el tiempo la relación laboral, sin el propósito de menoscabar o burlar derechos laborales.

Así las cosas, es claro el error que cometió la sentenciadora de primer grado cuando señaló que el empleador quiso con la suscripción del otrosí menoscabar derechos laborales, como es abstenerse del pago de la indemnización por despido sin justa causa, ya que la realidad probatoria que integra el diligenciamiento no apunta a que se haya incurrido en una en una violación al principio de prevalencia de la realidad sobre las formas contractuales; contrario a ello, lo que si se prueba es que esa modificación provino de la libertad contractual con que cuentan las partes para establecer lo mejor que les convenga, de modo que, obliga no solo a lo que él se expresa sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la relación jurídica o que por la Ley pertenecen a ella, tal y como se dispone en el artículo 55 del C.S.T.

Acotando que, aunque los actos deben ser libres, espontáneos y exentos de vicios del consentimiento, según los artículos 1502 y 1508 del Código Civil, aplicables a la materia laboral por así autorizarlo el artículo 19 del Código Sustantivo del Trabajo, le compete, de acuerdo con la carga de la prueba, a quien alega un vicio demostrar que fue así, en tanto que el error, la fuerza o el dolo no se presumen, a excepción del último, pero siempre que exista tal previsión en la Ley.

En ese hilo, si bien menciona el promotor del proceso en el interrogatorio de parte algunos vicios en el consentimiento que se suscitaron con ocasión de la variación de la modalidad contractual que suscribió, lo cierto es que en este asunto en concreto no se probó como se estructuró y en qué radicó, puesto que no se allegó ni un solo medio de prueba al respecto, ya que sobre este aspecto nada dijeron los señores Wilson Arturo Bello y Óscar Yesid Rozo Pardo, testigos y compañeros de trabajo del actor, pues es claro que los deponentes no tuvieron conocimiento directo de tal hecho, en la medida que de su dicho no se desprende que hayan estado presentes a la hora de su suscripción y que por tanto dieran cuenta de que la demandada en efecto vició el consentimiento del actor, bajo el entendido de que el actor alega que su empleadora lo coaccionó y obligó a suscribir el otrosí; lo que descarta de plano sus testimonios para los fines de demostrar que se acreditó el vicio que señaló el promotor del proceso.

Por manera que no existiendo medio de persuasión más que el propio dicho de la parte demandante, el cual lejos está de tenerse en cuenta, ya que por sabido se tiene que nadie puede crear su propia prueba, para valerse, sacar provecho o beneficiarse de ella, no le queda otro camino a esta Sala que procurar por sus efectos, es decir, que la duración de contrato de trabajo varió por decisión libre y espontánea entre las partes, de allí que no haya lugar al pago de la indemnización por despido sin justa causa que pretende y, por tal razón, se deba revocar la sentencia confutada.

Ello es así, porque en lo que hace a la terminación del contrato de trabajo, cumple decir que el artículo 45 del C.S.T., refiere que la duración del contrato de trabajo puede celebrarse "*(…) por tiempo determinado, por el tiempo que dure la realización de una obra o labor determinada*" y que para que produzca sus efectos, el primero de ellos, es decir, a término fijo, debe constar siempre por escrito y su duración no puede ser superior a tres años, pero es renovable indefinidamente, tal y como lo dispone el artículo 46 del ibídem; mientras que el segundo, deberá convenirse en forma expresa por las partes y determinarse su límite temporal, dado que el artículo 47 ibídem señala que el contrato de trabajo "*cuya duración no esté determinada por la de la obra o la naturaleza de la labor contratada*", se entenderá a término indefinido. En otras palabras, debe específicamente acordarse cuál es la labor u obra para la que se contrata al trabajador, su programación o punto de medición específico que permitan suponer su límite temporal.

Lo anterior, fue ampliamente examinado por el máximo órgano de esta especialidad en sentencia SL 2600-2018, en la que se expuso:

> "*Se expresó que el contrato de trabajo por duración de la obra o labor contratada es consensual, por lo que para su validez no se requiere escrito. En este acápite, la Corte dará respuesta a otra de las críticas del recurrente, consistente en que en el contrato debe «señalarse la labor específica a desarrollar». La Corte coincide con el casacionista en que frente al tiempo de duración del contrato de trabajo por obra o labor contratada debe existir un acuerdo de voluntades, pues a falta de tal estipulación se debe entender para todos los efectos legales que el vínculo fue celebrado a tiempo indeterminado. Sin embargo, la circunstancia natural de que deba existir una convención, so pena de que el contrato de trabajo se reputé a tiempo indefinido, no significa que el pacto celebrado en tal sentido no pueda demostrarse mediante otros elementos de convicción e inclusive, no pueda derivarse de la naturaleza de esa actividad."*

Más adelante refirió:

> *"Hay que subrayar, desde luego, que la obra o labor contratada debe ser un aspecto claro, bien delimitado e identificado en el convenio, o que incontestablemente se desprenda de «la naturaleza de la labor contratada», pues de lo contrario el vínculo se entenderá comprendido en la modalidad residual a término indefinido. En otras palabras, ante la ausencia de claridad frente a la obra o labor contratada, el contrato laboral se entiende suscrito a tiempo indeterminado."*

En línea con lo expuesto, se evidencia que labor u obra contratada, se circunscribe a "*las necesidades que deriven del proyecto de concesión para la prestación del servicio público de transporte masivo urbano de pasajeros en el Sistema Transmilenio en la ciudad de Bogotá, contrato celebrado el 19 de abril de 2000, como consecuencia de la licitación pública No. 001 de 1999*". De manera que surge patente que la duración del laborío dependía, sin condicionamiento distinto, a la subsistencia misma del vínculo comercial que existió entre la demandada y Transmilenio S.A., cuyo plazo quedó previsto, según Resolución 589 del 17 de noviembre de 2017, acto administrativo que tuvo por objeto modificar unilateralmente el Contrato de Concesión 001 de abril de 2000, hasta el:

> *"**TERCERO. - PLAZO DEL CONTRATO.** La cláusula 102 del Contrato de Concesión, modificada por la cláusula décimo novena del Otrosí del 21 de junio de 2003, quedará así:*
>
> *(…) **102.2.** La etapa de operación regular, comprendida entre la fecha determinada por TRANSMILENIO S.A. para el inicio de la operación regular y el día 30 de junio de 2019. Por decisión exclusiva de TRANSMILENIO S.A., se podrá prorrogar el día de vencimiento pactado para la finalización de la operación regular, de acuerdo con las necesidades del servicio, hasta por un (1) periodo de máximo de tres (3) meses, debiendo notificar*

TRANSMILENIO S.A. por escrito al CONCESIONARIO de dicha decisión con al menos tres (3) meses de anticipación."

***CUARTO. – ETAPA DE OPERACIÓN REGULAR**. La cláusula 104 del Contrato de concesión, modificada por la cláusula vigésima del Otrosí de 21 de junio de 2013, quedará así:*

Se considerará iniciada la etapa de operación regular, a partir de la fecha que haya sido determinada por TRANSMILENIO S.A. para que el concesionario inicie la operación de su flota en el Sistema Transmilenio, bajo las condiciones técnicas, económicas y operacionales previstas en el presente contrato. La etapa de operación regular vencerá el día treinta (30) de junio de 2019, salvo que haya sido prorrogada por decisión exclusiva de TRANSMILENIO S.A., de acuerdo con lo previsto en el numeral 102.2"

Conforme a lo anterior, si la duración del contrato de trabajo estaba supeditada a la ejecución y vigencia del contrato comercial, surge como evidente que la demandada sólo quedaba legitimada para finiquitar de modo legal, entre otras, por terminación del convenio suscrito con Transmilenio S.A., esto es, conforme al literal d) del art 61 del C.S.T., en el primer evento, o por la configuración de alguna de las causales establecidas en el literal a) del art 7 del Decreto 2351 de 1965 o previo pago de la indemnización de perjuicios por el incumplimiento de lo pactado conforme al artículo 64 del C.S.T.

Siendo ello así en cuanto al modo en que terminó la relación laboral, el caudal probatorio da cuenta válidamente que su finalización correspondió a una decisión unilateral que se justificó en lo definido en el literal d) del artículo 61 del C.S.T., es decir, en la causa legal consistente en terminación de la obra o labor contratada. Así se desprende de la carta de desahucio laboral adiada 30 de junio de 2019, en la que se dijo al respecto:

"*Por medio de la presente, le informamos que el contrato de trabajo por obra o labor suscrito entre usted y la compañía el pasado 12 de Abril* (SIC) *de 2004 finalizará el próximo 30 de junio de 2019, siendo por lo tanto su último día de trabajo el día 30 de junio de 2019.*

Lo anterior en virtud a la terminación del contrato de concesión N° 001 del 19 de abril del 2000 suscrito entre SI 99 S.A. y TRANSMILENIO S.A."

De acuerdo con la especificidad de la modalidad del contrato de trabajo referenciado en precedencia, de cara a la carta de terminación del mismo, es claro para la Sala que la finalización de la relación laboral se dio por causa legal de conformidad con lo establecido en el literal b del artículo 61 CST, subrogado por el artículo 5 de la Ley 50 de 1990, por haberse finalizado la labor en los términos que fue contratada, de allí que sea notoriamente improcedente el pago de la indemnización por despido sin justa causa que pretende el actor.

Respecto a las premisas fácticas con las cuales el señor Rodrigo Antonio Cortés Rodríguez fundamenta la súplica de obtener el pago de la indemnización por despido sin justa, debe señalarse que no cuentan con vocación de prosperidad, en tanto que, de los medios de persuasión anotados, se colige que la relación laboral que ató a las partes estuvo gobernada primeramente por un contrato de duración definida y con posterioridad al de obra o por la naturaleza de la labor determinada, modificación de la que se resalta con total claridad la determinación de la obra, ya que su vigencia dependía de las circunstancias dadas en el contrato de concesión núm. 001 de abril de 2000, modificado por la Resolución núm. 589 del 2017, suscrito entre Transmilenio S.A. y la encartada, de manera que aquel vínculo marcaba con claridad la finalización de la relación laboral, condiciones que quedaron establecidas en las cláusulas tercera y cuarta ya aludidas.

Por consiguiente, al finalizar la obra o labor contratada, esto es, el 30 de junio de 2019, sin que encuentre demostración en el plenario que el vínculo contractual haya sido prorrogado en los términos de la Resolución 589 del 17 de noviembre de 2017, se debe decir que la terminación del vínculo laboral se dio por una causal objetiva, debiéndose por tanto revocar la decisión de primer grado, pues en el *sub judice* no se dan las condiciones para condenar a la encartada al pago de la indemnización por despido sin justa causa, por lo que así se dispondrá.

5. Costas. Sin costas en ambas instancias, por no haberse causado las mismas.

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 los numerales 1° y 4° de la sentencia proferida el 18 de agosto del 2022, por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar absolver al **SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE SI 99 S.A.**, de todas y cada una de las pretensiones incoadas por **ELVIS CAMILO BARRETO MARTÍNEZ**, conforme a lo motivado.

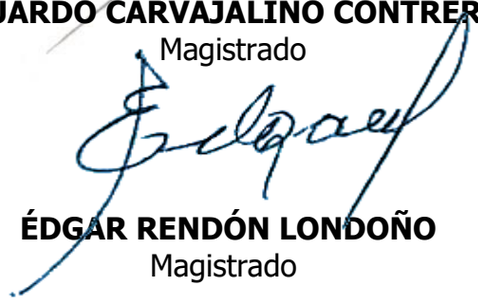
SEGUNDO: En lo demás, **MANTENER INCÓLUME** la sentencia apelada.

TERCERO: Sin costas en ambas instancias, por no haberse causado las mismas.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

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:	***MARÍA MÓNICA ROCHA ORTIZ***
DEMANDADO:	***COLPENSIONES y PORVENIR S.A.***
RADICACIÓN:	***11001-31-05-026-2021-00175-01***
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. MARÍA MÓNICA ROCHA ORTIZ instauró demanda ordinaria contra de COLPENSIONES y PORVENIR S.A., con el fin de que se declare la nulidad de la afiliación realizada del RPMPD al RAIS administrado por PORVENIR S.A., en consecuencia, se ordene a PORVENIR S.A. a trasladar los aportes junto con los rendimientos, y que sean tenidas en cuenta con el fin de acceder a la pensión de vejez; lo ultra y extra petita, y el pago de costas procesales.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que nació el 10 de mayo de 1968 y cuenta con 53 años de edad; que cotizó al régimen de prima media a través del ISS, hoy Colpensiones desde el año de 1987 hasta 1994; que Porvenir S.A. le ofreció cambiarse de régimen; que Porvenir S.A. no le suministró la información pertinente, las ventajas y desventajas, ni una proyección de su mesada pensional; que cotizó al extinto ISS, hoy Colpensiones un total de 306 semanas. (pág. 3 a 12)

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (EXP 11); 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 y cada una de las pretensiones señalando que carecen de fundamento legal; que la demandante se encuentra legalmente afiliada a Porvenir S.A.; que no se le vulneró derecho alguno; que su vinculación se hizo de manera libre y voluntaria; que se encuentra en la prohibición legal de retornar al régimen de prima media con prestación definida. Propuso como excepciones de mérito las que denominó prescripción, cobro de lo no debido, buena fe, presunción de legalidad de los actos administrativos. (Fol. 22 a 36 EXP 08)

3.2 PORVENIR S.A. Presentó oposición a las pretensiones señalando que, la afiliación realizada al RAIS es completamente válida de acuerdo con los parámetros establecidos en ley; que su vinculación se hizo de manera libre y voluntaria; que se le garantizó el derecho de retracto; que ordenar el traslado de los gastos de administración a Colpensiones configura un enriquecimiento ilícito a favor aquella. Propuso como excepciones de mérito las que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, y la genérica. (Fol. 2 a 28 EXP 09).

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 09 de agosto de 2022, en la que la falladora de primera instancia declaró ineficaz el traslado efectuado por la demandante al RAIS; condenó a Porvenir S.A. a transferir a Colpensiones la totalidad de los aportes realizados por la demandante, junto con los rendimientos financieros causados, y sin que haya lugar a descontar suma alguna por concepto de administración; condenó la Colpensiones que acepte la transferencia de los recursos y contabilice para todos los efectos pensionales las semanas cotizadas por la demandante; declaró no probadas las excepciones propuestas y condenó en costas solo a PORVENIR S.A.

La 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-12136 del 3 de septiembre de 2014, 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 una simple expresión genérica en el formulario de afiliación.

En conclusión, la a quo consideró que PORVENIR S.A. no logró demostrar que haya informado a la actora de manera clara y detallada a la demandante los beneficios y consecuencias del traslado, ni tampoco le presentó proyección pensional, aspectos sobre la rentabilidad, 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 los aportes realizados por la demandante, junto con los rendimientos financieros causados, sin que haya lugar a descontar suma alguna por concepto de administración.

5. Impugnación y límites del ad quem. La decisión no fue recurrida por **PORVENIR S.A.,** señalando que de conformidad con lo dispuesto por la Corte Constitucional en sentencia SU130 de 2013, así como la ley 100 de 1993, el Sistema de Seguridad Social Integral tiene dos regímenes pensionales que son excluyentes, pero cada uno con particulares características; que el RAIS corresponde a un sistema en el que las pensiones se financian a través de una cuenta de ahorro individual que es administrada por la AFP; que el derecho a la pensión se obtiene con base en el capital depositado en la respectiva cuenta; que la demandante conoció de la información que le permitió tomar la decisión de trasladarse de régimen pensional; que en caso de declarar la ineficacia debe absolverse de los gastos de administración, además que se configura un enriquecimiento sin causa; que no existe norma que disponga la devolución de gastos de administración; que el artículo 113 de la ley 100 de 1993 menciona cuáles son los dineros que se trasladan cuando existe un cambio de régimen; que los gastos de administración no financian la prestación del afiliado y no

pertenecen a él; que se compense los gastos de administración con los rendimientos financieros, ya que estos exceden los mínimos establecidos en la ley; que los rendimientos financieros no se hubieran causado nunca en el régimen de prima media que administra Colpensiones.

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 la actora se encuentra en la prohibición legal de traslado; que no se acreditó los vicios del consentimiento; que la carga de la prueba está a cargo de la 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.

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.

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 tal como lo exige la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Apelación de sentencia, grado jurisdiccional de consulta y principio de consonancia. El recurso de apelación interpuesto por 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 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? Para lo cual se abordarán los siguientes problemas **jurídicos secundarios**: (i) ¿Los aportes o cotizaciones son requisito de validez del acto jurídico de la afiliación? (ii) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que la accionante se trasladó de régimen?; (iii) ¿La AFP privada está obligada a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos?; (iv) ¿Colpensiones debe

aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante? y (v) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

3. Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado. Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que si bien es cierto, se solicitó la nulidad del traslado de régimen por falta de información al momento en que la demandante se trasladó al RAIS, lo cierto es, que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem, por tanto, resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 01 de enero de 2002, 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 MÓNICA ROCHA ORTIZ empezó a cotizar al régimen de prima media con prestación definida desde el 02 de noviembre de 1987 hasta el 31 de diciembre de 1994, conforme aparece en la historia laboral de COLPENSIONES (fol. 37,38 PDF 08); que se trasladó a PORVENIR S.A, a partir del 30 de noviembre de 1994, como aparece en el formulario de afiliación (fol. 78 PDF 15), entidad donde se encuentra actualmente, según su historia laboral de cotizaciones (fol. 90 a 115 PDF 15).

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

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

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que un afiliado al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a él sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar

todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1994-, debe recodarse 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:

Etapa acumulativa	**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, 30 de noviembre 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; 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 especifica vigencia para las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de transparencia, vigilancia y el deber de información; éste último –información- debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Por tanto, la AFP demandada sí estaba en la obligación de proporcionar a la demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarla como potencial afiliada, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarla de tomar una opción que claramente le perjudica, de manera que 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 la demandante está o no dentro de la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003 la cual no permite que los afiliados se trasladen cuando les falten 10 años o menos para adquirir la edad mínima para pensionarse, ni tampoco si cumple con los requisitos establecidas en la sentencia SU 062 del 2010, como quiera que no nos encontramos frente a una **solicitud de traslado** sino de ineficacia del traslado.

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

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

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",* 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".

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

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

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 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).

En el sub examine, una vez revisada la decisión de instancia, no congloba de manera expresa el concepto de garantía de pensión mínima y comisiones o sumas adicionales de la aseguradora y, por ende, habrá de adicionarse la sentencia en este ítem.

Lo anterior tiene estribo en que la sentencia se revisa en el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES en lo que le resulte desfavorable y no fuere apelado, 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 modificará 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 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 de la afiliada, la Sala considera que es igualmente imprescriptible.

11. Costas en esta instancia. En segunda instancia se impondrá costas a cargo de AFP PORVENIR S.A, a favor de la parte demandante, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado. 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: ADICIONAR al numeral **SEGUNDO** de la sentencia proferida el 09 de agosto de 2022, por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, la **ORDEN** de que la AFP PORVENIR S.A. (durante el tiempo de permanencia en la AFP), traslade a COLPENSIONES, si aún no lo ha efectuado, además de los conceptos ordenados en el referido numeral, las **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, así como los demás señalados por el A quo se devuelvan debidamente indexados, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

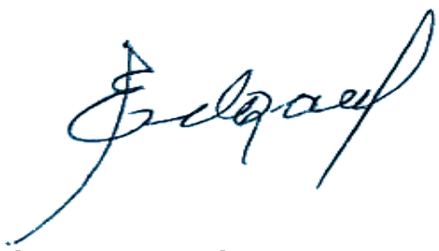
SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

TERCERO: CONDENAR en **COSTAS** en favor de la 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

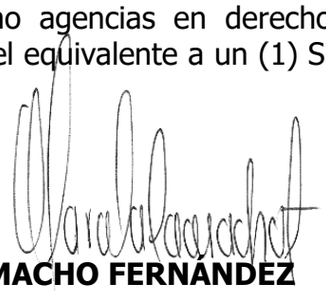


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

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

AUTO PONENTE

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



DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso:	ORDINARIO LABORAL
Demandante:	LUZ JANNETH PUENTES BERNARDINO
Demandados:	COLPENSIONES Y AFP PROTECCIÓN S.A.
Radicación:	22-2019- 00551-00
Tema:	INEFICACIA DE TRASLADO - ADICIONA

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,

SENTENCIA

AUTO

En atención al memorial allegado mediante correo electrónico, se reconoce personería para actuar a la Dra. Cindy Brillith Bautista Cárdenas, identificada en legal forma, como apoderada sustituta de la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder conferido.

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Luz Janneth Puentes Bernardino instauró demanda ordinaria contra Colpensiones y AFP Protección S.A., con el fin de que se declare la nulidad de la afiliación al RAIS efectuada y, en consecuencia, se ordene el retorno automático al RPMPD, de manera que Colpensiones debe reactivar la afiliación; al fondo accionado devuelva todos los valores que hubiera recibido, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales del asegurado, así como todos sus frutos e intereses, como lo dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado. Así mismo, solicitó que Colpensiones reconozca el derecho a la pensión de vejez desde la fecha en que se acreditaron los requisitos mínimos para acceder a ella, esto es, 14 de agosto de 2018, mesadas ordinarias y adicionales causadas, indexación, lo que resulte probado ultra y extra petita y costas del proceso.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que ha laborado y realizado cotizaciones desde el 16 de marzo de 1993 al ISS y hasta el mes de octubre de 1996, dado a que un asesor comercial de la AFP Davivir hoy AFP Protección la persuadió a trasladarse, argumentando que era una entidad de mayor solidez, estabilidad y mejores garantías en materia pensional, omitiendo informar y explicar de manera clara y puntual la naturaleza del régimen privado en pensiones, las implicaciones de su traslado y el capital mínimo requerido para causar la pensión de vejez. Refirió que fue inducida a error y si bien el formulario de afiliación suscrito contiene una manifestación de voluntad preimpresa, de haber conocido los verdaderos efectos que su decisión podría acarrear, no hubiese firmado el mismo.

Indicó que, con posterioridad, en noviembre de 2002, asesores de la AFP Protección S.A. le ofrecieron trasladarse de administradora de fondo de pensiones, reiterándole los supuestos beneficios que le reportaría mantenerse afiliada al RAIS, de manera que, ante

la información incompleta y genérica suministrada por el asesor, suscribió formulario de afiliación, con el cual tramitó su traslado de fondo de pensiones, a partir del mes de enero de 2003. (Expediente electrónico, PDF 001ExpedienteFisicoDigitalizado, págs. 89 a 120)

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 001ExpedienteFisicoDigitalizado, págs. 126 y 127)

3. Contestación de la demanda

3.1. Colpensiones. En su respuesta a la demanda se opuso a la totalidad de las pretensiones, aduciendo que no obra prueba alguna de que la actora se le hubiese hecho incurrido en error o que se esté en presencia de un vicio del consentimiento error, fuerza o dolo, tampoco que dentro de las solicitudes nota de protesto o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad por de la actora o que la AFP haya omitido su deber del buen consejo, por el contrario, observó que las documentales se encuentran sujetas a derecho, y que se hizo de manera libre y voluntaria. En su defensa propuso las excepciones de fondo las que denominó descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público e innominada. (Expediente electrónico, PDF 001ExpedienteFisicoDigitalizado, págs. 140 y 190)

3.2. AFP Protección S.A. Al momento de descorrer el término de traslado la llamada a juicio se opuso a la totalidad de las pretensiones del libelo genitor esgrimiendo que el traslado de régimen pensional efectuado por la actora es válido, exento de vicios de consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, aunado por cuanto a que cumplió con su deber de asesorar y acompañar, y en ningún momento la engañó, ni mucho menos la obligó a afiliarse a la entidad, suministrando una asesoría completa, veraz y profesional, basada en los lineamientos legales y dentro de las reglas de la sana competencia, en la cual, la demandante pudo obtener la suficiente información y conocimiento para tomar una decisión responsable y debidamente informada.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, genérica, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración e inexistencia de la obligación de devolver el pago al seguro previsional. (Expediente electrónico, PDF 002ContestaciónProtección)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 29 de abril de 2021, en la que la falladora declaró la ineficacia del traslado efectuado por la demandante el 26 de noviembre de 2003, ordenado a AFP Protección S.A. trasladar a Colpensiones las cotizaciones y rendimientos financieros, quien está en la obligación de recibirlos y efectuar los ajustes en la historia laboral de la actora, gravando en costas a las demandadas.

La decisión de la Juez tuvo sustento jurídico en los pronunciamientos de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, aduciendo que la AFP desde su fundación debe brindar información objetiva, comparada y transparente a los afiliados sobre las consecuencias de cada uno de los regímenes. Aclaró que la AFP tiene una doble calidad, pues de una parte realizan servicios financieros y de otra entidad de la seguridad social, siendo que con este último servicio se protegen derechos pensionales como son la invalidez, vejez y muerte. Refirió que en estos casos debe prevalecer la información al

usuario de la futura pensión, por lo que la sola firma del formulario de afiliación no basta para dar por cierto que se cumplió con la obligación, debiendo por tanto la demandada demostrar que se brindó la información completa mediante otros medios probatorios.

En ese sentido, dijo que no suministrarle información necesaria, suficiente y objetiva sobre las consecuencias del traslado a un régimen pensional a otro, lleva a la ineficacia del traslado, de manera que siendo los únicos medios de convicción que obran en el proceso el interrogatorio de parte y el registro de afiliación, sin que sea prueba suficiente para determinar que se brindó la asesoría de manera correcta, debía acceder a las pretensiones de la demanda en lo que hace a la declaratoria de la ineficacia del acto. Dijo que tal suerte no corre el pedimento relacionado con la pensión de vejez, no solo porque Colpensiones no tiene los dineros con el cual va a hacer el reconocimiento, sino, además, a fin de precaver una posible reliquidación en la mesada pensional.

5. Impugnación y límites del ad quem

5.1. Demandante. Inconforme con la anterior decisión, interpuso recurso de apelación señalando en cuanto al reconocimiento de pensión que las pruebas documentales evidenciaban el cumplimiento total de las semanas y edad requeridas para acceder a la prestación económica, y a su vez existe desafiliación al sistema, de ahí que sea procedente su reconocimiento a la luz del artículo 33 de la Ley 100 de 1993.

5.2. Colpensiones. En su alzada refirió que la naturaleza de la Ley 100 de 1993 fue la de proteger el principio de solidaridad al régimen general de pensiones, misma que no pretendió extinguir derechos, en tanto que en cualquiera de los dos regímenes iba a obtener su derecho pensional. Dijo que el citado principio busca salvaguardar la estabilidad financiera del sistema general de pensiones, de manera que este tipo de fallos lo afecta, máxime cuando la falta del deber de información no se puede imputar por el hecho de que la demandante considere que se vio afectada su mesada pensional, aspecto que no fue avalado por la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia. Agregó que, de mantenerse la condena, la entidad estaría respondiendo con su patrimonio actuaciones realizadas por terceros.

5.3. AFP Protección S.A. Refirió que durante todo el tiempo en que la demandante estuvo afiliada al fondo de pensiones, administró los dineros depositados con el mayor cuidado y diligencia, lo cual se constata con los rendimientos financieros causados, por lo cual, según lo consignado con las restituciones mutuas contemplado en el artículo 1746 del Código Civil, se debe entender que, aun declarada la ineficacia, no se puede desconocer que existieron unos frutos, mejoras y rendimientos financieros, producto de una buena gestión, mismos que deben conservarse por haber realizado una excelente gestión. Refirió que al declararse la devolución de gastos de administración se generaría un enriquecimiento sin causa, ya que estos no hacen parte de la cuenta de ahorro individual. Frente a la condena en costas precisó que la AFP actuó bajo el principio de buena concordancia y de buena fe, en estricto apego a las normas regulatorias.

6. Alegatos de conclusión

6.1. Demandante. Alegó en su favor aduciendo que la nulidad y/o ineficacia del traslado del régimen pensional no se condiciona a que la actora demuestre haber sido beneficiario del régimen de transición contenido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, además, que las Administradoras de Fondos de Pensiones privadas, tienen la obligación de suministrar al afiliado una información, clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, carga probatoria que se encuentra en su cabeza, no siendo suficiente la

suscripción del formato preimpreso del formulario de afiliación, para dar por demostrado el deber de información.

6.2. AFP Protección S.A. Refirió que actuó bajo el principio de buena fe constitucional y a derecho, brindado la información idónea y necesaria que se requería para la época respecto a la afiliación y traslado de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad. Indicó que devolver los gastos con cargo a las utilidades, constituye una sobre remuneración injustificada puesto que las gestiones de administración, en efecto, generaron unos rendimientos financieros que no van a ser reconocidos por nadie, los cuales, si existen, existieron y deben ser reconocidas.

6.3. Colpensiones. En su escrito de alegaciones indicó que la demandante se encuentra dentro de la prohibición legal del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que impide el traslado dentro de los fondos cuando les falte 10 años o menos para la edad de pensión. Indicó que no se encuentra probado el vicio del consentimiento alegado por error, toda vez que el mismo no tiene la fuerza legal para repercutir sobre la eficacia jurídica del acto jurídico celebrado con la AFP.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Apelación de sentencia, grado jurisdiccional de consulta y principio de consonancia. Los recursos de apelación interpuesto por las partes 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 los recurrentes, y se estudiará en consulta en favor de Colpensiones en lo que le sea desfavorable, de conformidad con lo dispuesto en el art. 69 CPT y de la SS.

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) ¿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 de la 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. Además de ser un hecho aceptado por las demandadas, no fue discutido en la alzada por las partes que Luz Janneth Puentes Bernardino se afilió al otrora ISS, hoy Colpensiones desde el 16 de marzo de 1993 hasta

octubre de 1996, año en el que se trasladó de régimen a Davivir Pensiones y Cesantías, especificamente el 25 octubre de 1996, según formulario de afiliación núm.172108; con posterioridad se afilió a AFP Protección S.A. mediante la suscripción de solicitud de vinculación el 28 de noviembre de 2002, fondo de pensiones 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 recodarse 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:

Etapa acumulativa	**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 Davivir hoy Protección S.A., esto es, 25 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.

La información en los términos anotados no fue brindada por parte de la AFP codemandada, pues no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir que para el momento del traslado se le dio explicación a la actora acerca de las diferentes modalidades de pensión, su cálculo, las pérdidas o ganancias en lo que al rendimiento podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, el porcentaje que se destina para gastos de administración y seguros previsionales, los casos en que procede la devolución de aportes, las variables que podía tener la prestación con el paso del tiempo y demás aspectos a los que se hizo mención, los cuales se han dejado sentados por nuestra CSJ en una sólida línea jurisprudencial frente al tema, no siendo factible colegir del interrogatorio de parte que surtió la demandante, en tanto, aquella se limitó al aducir alguna de las características del régimen de ahorro individual, pero no confesó que recibió información en los términos indicados. Es decir, solo le brindó información básica y esto no es suficiente para que la AFP demuestre que en efecto ofreció la misma de manera particular e integral a la gestora de la litis, 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.

En este punto, debe dejarse claro la Corte en reciente pronunciamiento vertido en sentencia SL 3685 de 2020, señaló que el diligenciamiento del formulario de vinculación a una Administradora del Sistema de Seguridad Social en Pensiones produce el efecto de

la afiliación, con independencia de las cotizaciones a ésta sufragadas, de manera que dichos aportes no constituyen un requisito de validez del acto jurídico. Además, indicó la Corte al reiterar la sentencia bajo el radicado SL 413-2018, que *"(…) las cotizaciones no son un requisito de validez del acto jurídico de su afiliación, aunque sí puede llegar a ser clara señal del compromiso de un trabajador de pertenecer a un régimen pensional en casos dudosos (…)"*.

Por tanto, la AFP demandada estaba en la obligación de proporcionar a la demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarla como potencial afiliada, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarla de tomar una opción que claramente le perjudica, de manera que se equivoca Colpensiones 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, pues es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que se le debió garantizar a la actora 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 circunstancias pues esto no releva a la entidad de su obligación legal, y por esa vía se despacha negativamente la alzada en este aspecto.

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

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

7. 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 que 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-).

8. Consecuencias que conlleva la ineficacia del traslado- devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos. Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adoctrinado, entre otras, en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros.** Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del **porcentaje destinado a seguros previsionales** y a **constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima** (CSJ SL 2208-2021 y SL 1637-2022).

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 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, incluido el tiempo de permanencia de la actora en la AFP Davivir, (SL 3321 del 26 de junio del 2021 y SL1637 del 11 de mayo de 2022), sin que exista excepción alguna por el hecho de que en el RPMD también se permita efectuar descuentos por estos conceptos, como lo dice la censura.

En ese sentido, como en la sentencia de primer grado no se ordenó de manera expresa la devolución de estos conceptos, 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. Para ello, se **MODIFICARÁ** el numeral 1° de la providencia apelada y consultada y, en su lugar se **DECLARARÁ** la **INEFICACIA** de la afiliación de **LUZ JANNETH PUENTES BERNARDINO** al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad realizada el 25 octubre de 1996 a **DAVIVIR PENSIONES Y CESANTÍAS** hoy **ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**

Lo anterior tiene estribo en que la sentencia se revisa en el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES en lo que le resulte desfavorable y no fuere apelado, 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 modificará la sentencia en este tópico.

9. 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.

10. Pensión de vejez - Ley 797 del 2003. Para acceder a una pensión de vejez bajo los parámetros del art. 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el art. 9° de la Ley 797 del 2003, se debe cumplir con 55 años si es mujer o 60 años si es hombre. A partir del 1° de enero del 2014 la edad se incrementará a 57 años para la mujer y 62 para el hombre. En cuanto a las semanas se exige haber cotizado un mínimo de 1000 semanas. A partir del 1° de enero del 2005 se incrementará en 50 semanas y a partir del 1° de enero del 2006 se incrementará en 25 hasta llegar a 1300 en el año 2015.

10.1. Edad. La demandante cumplió el requisito de edad de 57 años el 14 de agosto del 2018, toda vez que nació el mismo día y mes del año 1961, como da cuenta la fotocopia de su cédula que reposa en el expediente electrónico.

10.2. Semanas. Revisada la historia laboral expedida por la AFP Protección S.A., se evidencia que la demandante también cumple con este requisito, pues cuenta con un total de 1.379 semanas a febrero de 2020. Por tanto, es claro que la gestora del proceso tiene derecho a que se le reconozca y pague una pensión de vejez conforme a lo establecido en la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 del 2003, por lo que así se declarará.

11. Disfrute de la pensión y liquidación. Es pertinente señalar que para entrar a disfrutar de la pensión aquí reconocida es necesaria la desafiliación del sistema, conforme lo exige el art. 13 del A. 049 de 1990. En consecuencia, la Sala **CONDENARÁ** a **COLPENSIONES** a reconocer a la demandante la pensión de vejez, a partir del 27 de agosto de 2018, fecha para la cual acreditó un total de 1.300 semanas cotizadas, de conformidad con lo establecido en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 del 2003, pero con la aclaración que el disfrute efectivo de la misma se hará a partir de la fecha de desafiliación del sistema, pues contrario a lo argüido por la censura, no encuentra demostración en el proceso el retiro del sistema para acceder desde aquella data a la prestación económica reclamada. Además, para su liquidación se deberá tener en cuenta hasta la última semana efectivamente cotizada por este riesgo, en el porcentaje que le corresponda conforme al art. 34 de la Ley 100 de 1993 y teniendo un salario base de liquidación de toda la vida o por los diez últimos años de cotización, lo que le sea más favorable, la cual se debe pagar junto con los reajustes de orden legal que sobre las mismas se deban hacer año a año.

Aclarando que, para efectos del reconocimiento ordenado, Colpensiones deberá tener en cuenta que la actora causó su pensión con posterioridad al Acto legislativo 01 de 2005, por lo que tendrá derecho a 13 mesadas pensionales al año.

12. Costas en primera instancia contra AFP Protección S.A. Frente a las costas, el art. 365 del CGP prevé que se debe condenar en costas a la parte vencida en el proceso, de manera que es procedente imponer costas de primera instancia en contra de AFP Protección S.A., tal y como lo señaló la *a quo*, no siendo procedente su revocatoria y

menos aun cuando se opuso a todas las pretensiones de la demanda, como se puede observar de su contestación.

13. Costas en esta instancia. En segunda instancia se impondrán costas a cargo de Colpensiones y AFP Protección S.A. a favor de la parte demandante, por no haber prosperado los recursos de apelación impetrados.

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral 1° de la sentencia proferida el 29 de abril del 2021, por el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar **DECLARAR** la **INEFICACIA** de la afiliación de **LUZ JANNETH PUENTES BERNARDINO** al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, realizada el 25 octubre de 1996 a **DAVIVIR PENSIONES Y CESANTÍAS** hoy **ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, conforme a lo motivado.

SEGUNDO: ADICIONAR el numeral 2° de la sentencia consultada y, en consecuencia, **ORDENAR** a **ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** devolver a Colpensiones, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de **LUZ JANNETH PUENTES BERNARDINO**, como cotizaciones, rendimientos, comisiones, bonos pensionales, gastos administrativos, sumas adicionales de la aseguradora, porcentajes destinados a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, con todos sus frutos, rendimientos e intereses, sin realizar deducción alguna, incluido las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, por concepto de gastos administración en que hubiere incurrido, comisiones, así como el porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima durante el tiempo de permanencia de la actora en **DAVIVIR PENSIONES Y CESANTÍAS**, sumas que deberán ser trasladadas debidamente indexadas, conforme a la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: REVOCAR parcialmente el ordinal 4° de la sentencia confutada y, en su lugar, **DECLARAR** que la señora **LUZ JANNETH PUENTES BERNARDINO**, tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez, de conformidad con el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 del 2003, conforme la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: En consecuencia de lo anterior, **CONDENAR** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, a reconocer a la demandante la pensión de vejez conforme a los parámetros del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 del 2003, en 13 mesadas pensionales, a partir del 27 de agosto de 2018; sin embargo, el disfrute efectivo de la misma se hará a partir de la fecha en que se acredite la desafiliación del sistema, teniendo en cuenta para su liquidación hasta la última semana efectivamente cotizada por este riesgo, en el porcentaje que le corresponda según el art. 34 de la Ley 100 de 1993 y con un salario base de liquidación de toda la vida o por los diez últimos años de cotización, la que le sea más favorable, la cual se debe pagar junto con los reajustes de orden legal que sobre las mismas se deban hacer año a año.

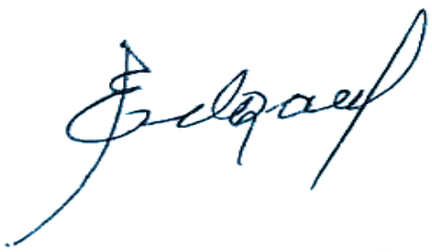
QUINTO: MANTENER incólume en lo demás la sentencia de primer grado, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

SEXTO: CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia en favor del demandante y a cargo de Colpensiones y AFP Protección 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

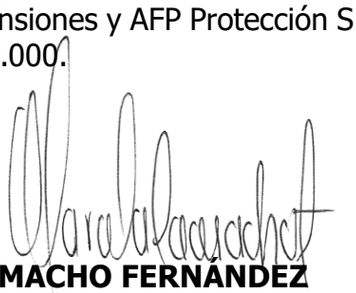


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

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

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor de la actora y a cargo de cada una de las demandadas Colpensiones y AFP Protección 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:	LELIO BENÍTEZ CORONADO
Demandados:	COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.
Radicación:	110013105-017-2019-00625-01
Tema:	INEFICACIA DE TRASLADO - ADICIONA

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 respeto 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 recodarse 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:

Etapa acumulativa	**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; 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 especifica 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",* 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".

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

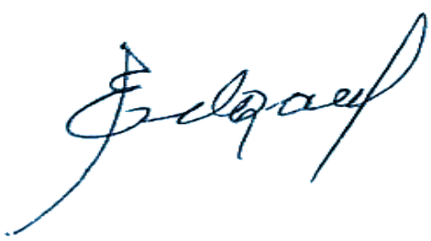
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 19 de julio de 2022, por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

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

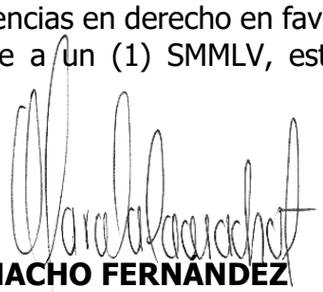


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

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

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor del demandante y a cargo de 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:	***FRANCY ELENA ROMERO GONZÁLEZ***
DEMANDADO:	***COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.***
RADICACIÓN:	***110013105-004-2021-00387-01***
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,

SENTENCIA
ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. FRANCY ELENA ROMERO GONZÁLEZ instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A. con el fin de que se declare la ineficacia del traslado del RPMPD al RAIS; como consecuencia, que se ordene a la AFP PROTECCIÓN S.A. a trasladar todos los aportes, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales con todos sus frutos e intereses, y los rendimientos a COLPENSIONES, quien debe recibir a la actora, sin solución de continuidad, corrigiendo y actualizando la historia labora, lo ultra y extra petita, y las costas procesales.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que nació el 25 de abril de 1965; que se afilió al ISS desde el 12 de marzo de 1991; que se trasladó a PROTECCIÓN S.A. el 1 de octubre de 1998; que PROTECCIÓN S.A. no le brindó la información clara, cierta y comprensible, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales; que el 18 de agosto del 2021 solicitó ante PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES la ineficacia del traslado, sin que hayan sido respondidas (fols. 4 a 19 archivo No 03).

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (fol. 4 y 5 archivo No 06); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestaciones.

3.1 COLPENSIONES: Dentro de la oportunidad procesal pertinente presentó contestación a la demanda oponiéndose a la totalidad de las pretensiones, señalando para tal efecto que no obra prueba alguna de que se hubiese hecho incurrir en error o falta de información, o que se está en presencia de algún vicio en el consentimiento; que la actora se encuentra inmersa en la prohibición del traslado de régimen de conformidad con lo establecido en la Ley 797 de 2003; que el traslado de régimen contraviene el principio constitucional de la sostenibilidad financiera del sistema. Como excepciones de mérito propuso las de inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES, en casos de ineficacia de traslado de régimen; responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social; sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación; el error de derecho no vicia el consentimiento; la inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política); buena fe de

COLPENSIONES; cobro de lo no debido; falta de causa para pedir; presunción de legalidad en los actos jurídicos; inexistencia del derecho de reclamo; prescripción; aplicabilidad de la sentencia SL373 de 2021, y la innominado o genérica (Fols. 526 a 555 archivo No 08).

3.2 PROTECCIÓN S.A.: Presentó contestación a la demanda oponiéndose a la totalidad de las pretensiones señalando que el traslado fue completamente válido, sustentado en los términos del artículo 11 del Decreto 692 de 1994, y respetando el derecho a la libre elección de régimen consagrado en los artículos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993; que de conformidad con la Ley 797 de 2003 está en la prohibición del traslado por estar a menos de 10 años de cumplir la edad límite de pensión; que no se puede declarar nulo un acto por favorabilidad económica en su mesada pensional; que no hay lugar a trasladar recurso alguno a COLPENSIONES en la medida en que la afiliación en el RAIS es válida. Como excepciones de fondo propuso las que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos púbicos y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, y la innominada o genérica (fols. 563 a 576 archivo No 09).

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 26 de julio de 2022, en la que el fallador de primera instancia declarar la ineficacia de la afiliación de FRANCY ELENA ROMERO GONZÁLEZ a la AFP PROTECCIÓN S.A., suscrita el 1 de noviembre del 1998; condenó a PROTECCIÓN S.A. a devolver a COLPENSIONES las sumas percibidas por concepto aportes, rendimientos, los gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexadas; ordenó a COLPENSIONES a aceptar a la demandante junto con los correspondientes aportes; declaró no probadas las excepciones, y condenó en costas solo a PROTECCIÓN S.A.

La decisión del Juez tuvo sustento en los artículos 13, 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, así como también lo considerado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en la SL12136 del 2014, SL17595 del 2017, SL19447 2017, SL1452 de 2019, SL1689 del 2019 SL3464 del 2019, SL4360 del 2019, SL2611 del 2020 y la SL4106 del 2020, en la que se identifica tres periodos de evolución del deber de información, siendo imperioso que la AFP informe de manera clara las ventajas y consecuencias del traslado de régimen, para que el afiliada pudiera elegir libre y voluntariamente el régimen pensional.

En el caso concreto, encontró que la AFP PROTECCIÓN S.A. no cumplió con ese deber de información y ante ello, la consecuencia es la ineficacia del traslado, con el retorno al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES. Manifestó que PROTECCIÓN S.A. debe devolver a COLPENSIONES las sumas percibidas por concepto aportes, rendimientos, los gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexadas. Finalmente, consideró que no resulta aplicable la prescripción y condenó en costas solo a PROTECCIÓN S.A.

5. Impugnación y límites del ad quem. La decisión fue recurrida **COLPENSIONES,** quien solicitó se revoque la decisión de instancia, bajo el argumento de que no le asiste derecho a la demandante de lo que depreca; que no se evidenció

vicio en el consentimiento y el regreso a COLPENSIONES solo es por el aprovechamiento económico.

6. Alegatos de conclusión:

6.1 Colpensiones: Solicita que se revoque la decisión de instancia, dado que la afiliación de la actora al RAIS fue de manera libre y voluntaria, sin que adolezca algún tipo de vicio en el consentimiento.

6.2 Demandante: Peticiona que se confirme la sentencia de primer grado, en la medida en que no se acreditó la información exigida por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral.

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 sanea por el transcurso del tiempo?; (iii) ¿Para poder declarar la ineficacia del traslado es necesario que la accionante fuera beneficiaria del régimen de transición, o tuviera un derecho adquirido o una expectativa legítima; (iv) ¿La AFP privada está obligada a devolver a COLPENSIONES las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos?; (v) ¿COLPENSIONES debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante? y (vi) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

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 la señora FRANCY ELENA ROMERO GONZÁLEZ, se afilió al otrora ISS, hoy COLPENSIONES desde el 13 de marzo de 1991, con cotizaciones hasta el 30 septiembre de 1998, conforme aparece en la historia laboral expedida por COLPENSIONES (fol. 1 a 5 archivo No 8.1); que

suscribió formulario de afiliación con DAVIVIR, hoy PROTECCIÓN S.A el 14 de septiembre de 1998 (Fol. 642 archivo No 09), donde se encuentra actualmente, según su historia laboral de cotizaciones (Fol. 617 a 637 archivo No 09).

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 SL1897-2019, 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, debe recodarse 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:

Etapa acumulativa	**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	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

	información, no 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 la actora se trasladó a la AFP PROTECCIÓN S.A., esto es, 14 de septiembre de 1998, 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 especifica 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.

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

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 la demandante haya permanecido muchos años en el RAIS, no tiene la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, toda vez que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad, pues como se explicó, el afiliado requiere para tomar decisiones la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato 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",* 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".

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 PROTECCIÓN 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).

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.

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

DECISIÓN

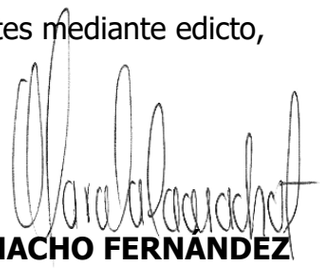
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 26 de julio de 2022, por el Juzgado Cuarto 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 COLPENSIONES. Las de primera, se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

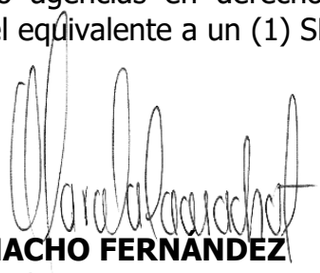
(En uso de permiso)
EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

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

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor de la demandante y a cargo de COLPENSIONES, el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de $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:	***CLARA INÉS JIMÉNEZ OBANDO***
DEMANDADO:	***COLPENSIONES y PORVENIR S.A.***
RADICACIÓN:	***11001-31-05-026-2021-00367-01***
ASUNTO:	***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 los Drs. ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES, y NICOLAS EDUARDO RAMOS RAMOS, identificados en legal forma, como apoderados sustitutos de COLPENSIONES y PORVENIR S.A., en los términos y para los efectos del poder conferido.

SENTENCIA
ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. CLARA INÉS JIMÉNEZ OBANDO instauró demanda ordinaria contra de Colpensiones y Porvenir S.A., con el fin de que se declare la ineficacia de la afiliación realizada por el 27 de febrero de 1996, en consecuencia, que se condene a PORVENIR S.A. a trasladar con destino a COLPENSIONES, la totalidad de lo ahorrado junto con los rendimientos; que se ordene a Colpensiones a aceptar el traslado y recibir los aportes por parte de PORVENIR S.A., lo ultra y extra petita, y el pago de costas procesales.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que nació el 27 de julio de 1963; que se afilió al sistema general de pensiones administrado por COLPENSIONES, desde el 23 de febrero de 1990 hasta el 31 de marzo de 1996; que el 27 de febrero de 1996 se afilió a PORVENIR S.A; que PORVENIR S.A. no le brindó ningún tipo de asesoría, ni información relacionada con los beneficios, ventajas o desventajas que ofrecía el traslado entre regímenes; que el 11 de marzo de 2021 radicó derecho de petición ante COLPENSIONES, solicitando se declarara la ineficacia del traslado, pero recibió respuesta negativo ese mismo día; que el 6 de julio de 2020, radicó derecho de petición ante la AFP PORVENIR S.A, pero le fue respondida de manera negativa el 22 de julio de 2021 (pág. 57 a 65 PDF No 01)

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Folio. No 01 Archivo No 08); 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 y cada una de las pretensiones señalando que el traslado cumple con todos los elementos exigido por la ley; que no obra prueba alguna de que la afiliación sea nula o ineficaz;

que el formulario de afiliación cumple con todos los presupuestos legales; que la demandante se encuentra válidamente afiliada al RAIS; que la actora ejerció su derecho a la libre escogencia de régimen. Propuso como excepciones de mérito las que denominó prescripción, cobro de lo no debido, buena fe, y presunción de legalidad de los actos administrativos. (Fol. 3 a 17 EXP. 05)

3.2 PORVENIR S.A. presentó oposición a todas y cada una de las peticiones formuladas en la demanda manifestando que se le brindó a la actora una información pertinente y necesaria, tomando así una decisión libre y voluntaria; que no se evidencian elementos de prueba que permitan declarar la ineficacia. 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. (Fol. 2 a 23 EXP 04).

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 14 de julio de 2022, en la que la falladora de primera instancia declaró la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad; condenó a PORVENIR S.A. a trasladar a Colpensiones la totalidad de los aportes realizados por la demandante, junto con los rendimientos financieros causados, sin que haya lugar a descontar suma alguna por concepto de administración; condenó a Colpensiones para que acepte dichas transferencias y contabilice para todos los efectos pensionales las semanas cotizadas por la demandante; declaró no probadas las excepciones, y condenó en costas a PORVENIR S.A..

La decisión de la Juez se basó en que de conformidad con los artículos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993, junto con lo expuesto en la sentencia SL 12136 del 3 de septiembre de 2014 Rad. 46292 para que la afiliación se entienda como libre y voluntaria, deberá ser analizado si la entidad proporcionó al afiliado la información de los riesgos del traslado de régimen y los beneficios, es decir, verificar el cumplimiento del deber de información, para que el afiliado pueda tomar una decisión libre e informada; no obstante, en el caso concreto no se demuestra por parte de PORVENIR S.A. que se hayan indicado las características de ambos regímenes, sus ventajas y desventajas para el año de la afiliación; que si bien se allegó el formulario de afiliación con la correspondiente firma, en el interrogatorio de parte manifestó que a la hora de la suscripción no le dieron una explicación mínima del funcionamiento de los fondos privado, es por ello que no se logra acreditar la debida información que se exige por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral.

Que la consecuencia de la ineficacia del traslado es que se devuelvan las cotizaciones, rendimiento, y cuotas de administración a COLPENSIONES.

Que no opera la prescripción por tratarse de un derecho íntimamente ligado a la pensión de vejez de carácter imprescriptible.

Finalmente, solo condenó en costas a PORVENIR S.A. (Folios. 1 a 4 archivo No 11 con audiencia virtual)

5. Impugnación y límites del ad quem. La decisión fue recurrida por **PORVENIR S.A**, quien señaló que, si bien es cierto que existe una línea jurisprudencial sobre la ineficacia de los actos del traslado imputables a las faltas del deber de información, en el presente caso no se presenta como quiera que la demandante se afilió de manera libre y voluntaria; que las condenas en su contra solo desconocen el principio de retroactividad de la Ley de seguridad jurídica; que no existen razones de hecho ni de derecho que impliquen la ineficacia del traslado; que la actora suscribió el formulario

en los términos de ley, expresamente no haber estado coaccionada; que el artículo 897 del Código de Comercio, manifiesta el enriquecimiento sin justa causa, por lo que, ordenar la devolución de los gastos de administración genera el enriquecimiento sin causa en favor de Colpensiones, además, son sumas que tienen una destinación específica por ley; que los traslados de dinero entre regímenes se hacen en los términos dispuestos por el artículo 7 del Decreto 3995 2008; que debe desestimarse la devolución de los valores objeto de la condena; que ni hay lugar a condena en costas.

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 respeto 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 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) ¿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 de la

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 SL2208 del 26 de mayo de 2021.

4. Afiliación, cotización y traslado. Se encuentra demostrado que la señora CLARA INÉS JIMÉNEZ OBANDO, empezó a cotizar al régimen de prima media con prestación definida desde el 23 de febrero de 1990 hasta el 31 de marzo de 1996, conforme aparece en historial expedido por Colpensiones (pág. 37 y 38 PDF. 05); que posteriormente, se trasladó el 27 de febrero de 1996 a la AFP PORVENIR S.A. según formulario de afiliación (pág. 32 PDF 04), entidad donde se encuentra actualmente según su historial de cotización.

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 SL1897-2019, 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, debe recodarse 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:

Etapa acumulativa	**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, 27 de febrero 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)

La información en los términos anotados no fue brindada por parte de la AFP codemandada, pues no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir que para el momento del traslado se le dio explicación a la actora acerca de las diferentes modalidades de pensión, su cálculo, las pérdidas o ganancias en lo que al rendimiento podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, el porcentaje que

se destina para gastos de administración y seguros previsionales, los casos en que procede la devolución de aportes, las variables que podía tener la prestación con el paso del tiempo y demás aspectos a los que se hizo mención, los cuales se han dejado sentados por nuestra CSJ en una sólida línea jurisprudencial frente al tema.

En este punto, debe dejarse claro la Corte en reciente pronunciamiento vertido en sentencia SL3685 de 2020, señaló que el diligenciamiento del formulario de vinculación a una Administradora del Sistema de Seguridad Social en Pensiones produce el efecto de la afiliación, con independencia de las cotizaciones a ésta sufragadas, de manera que dichos aportes no constituyen un requisito de validez del acto jurídico. Además, indicó la Corte al reiterar la sentencia bajo el radicado SL 413-2018, que *"(…) las cotizaciones no son un requisito de validez del acto jurídico de su afiliación, aunque sí puede llegar a ser clara señal del compromiso de un trabajador de pertenecer a un régimen pensional en casos dudosos (…)"*.

Por tanto, la AFP demandada estaba en la obligación de proporcionar a la demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarla como potencial afiliada, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarla de tomar una opción que claramente le perjudica, de manera que se equivoca la postura de las demandadas 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, pues es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que se le debió garantizar a la actora 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 circunstancias pues esto no releva a la entidad de su obligación legal, y por esa vía se despacha negativamente la alzada en este aspecto propuesto por PORVENIR S.A..

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

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

7. 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 que 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-).

8. Consecuencias que conlleva la ineficacia del traslado- devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos. Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adoctrinado, entre otras, en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros.** Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del **porcentaje destinado a seguros previsionales** y a **constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima** (CSJ SL 2208-2021 y SL 1637-2022).

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 congloba de manera expresa la devolución de los conceptos de 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 la 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.

9. 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.

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

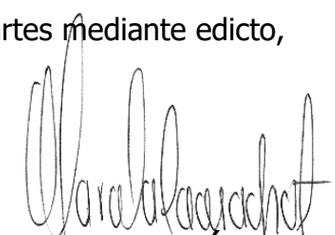
RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR al numeral **SEGUNDO** de la sentencia proferida el 14 de julio de 2022, por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, la **ORDEN** de que la AFP PORVENIR S.A. (durante el tiempo de permanencia en la AFP), traslade a COLPENSIONES, si aún no lo ha efectuado, además de los conceptos ordenados en el referido numeral, las **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, así como los demás señalados por la A quo se devuelvan debidamente indexados, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

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

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

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

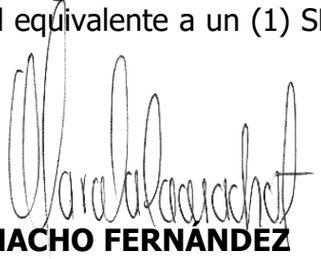
(En uso de permiso)
EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

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

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor de la demandante y a cargo de 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: ***HAIDER ANDERSON LEÓN JIMÉNEZ***
DEMANDADO: ***SALUD TOTAL EPS Y OTROS.***
RADICACIÓN: ***110013105-018-2019-00681-01***
ASUNTO: ***APELACIÓN SENTENCIA***
TEMA: ***CONTRATO DE TRABAJO Y PRESTACIONES***

Bogotá D.C., veintitrés (23) de septiembre del 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. Haider Anderson León Jiménez instauró demanda ordinaria contra SALUD TOTAL EPS S.A., y GOLD RH S.A.S, con el fin de que se DECLARE la existencia de un contrato a término indefinido con SALUD TOTAL EPS S.A. entre el 03 de marzo de 2007 y el 02 de junio de 2019; que se declare la solidaridad de GOLD RH S.A.S.; que se declare que los conceptos recibidos como medios de transporte, auxilio no salarial para medios de transporte, auxilio por reconocimiento de equipos productivos, realmente constituyen salario en su labor como asesora comercial, en consecuencia, se condene al reconocimiento y pago de la reliquidación de cesantías e intereses a las cesantías, vacaciones, primas, aportes a pensión y salud, la sanción contemplada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, la sanción del numeral 3° del artículo 1° de la ley 52 de 1975, la sanción del artículo 65 del CST, la indexación, y las costas procesales; de manera subsidiaria peticiona que se declare que los dineros pagados por GOLD RH S.A.S., denominados medios de transporte, auxilio no salarial para medios de transporte, auxilio por reconocimiento de equipos productivos, realmente constituyen salario en su labor como asesora comercial, en consecuencia, se condene a GOLD RH S.A.S. y solidariamente a SALUD TOTAL EPS S.A., al reconocimiento y pago de la reliquidación de cesantías e intereses a las cesantías, vacaciones, primas, aportes a pensión y salud, la sanción contemplada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, la sanción del numeral 3° del artículo 1° de la ley 52 de 1975, la sanción del artículo 65 del CST, la indemnización por terminación unilateral y sin justa causa, los intereses moratorios, y las costas procesales.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que, entre SALUD TOTAL EPS S.A. y la CTA TALENTUM S.A. se suscribió un contrato comercial, para administrar el proceso de afiliación de usuarios del Plan Obligatorio de Salud a SALUD TOTAL EPS-S S.A.; que el 03 de marzo de 2007 el demandante ingresó a laborar a la CTA TALENTUM S.A., para realizar la actividad de asesor comercial del plan obligatorio de salud ofertado por SALUD TOTAL EPS S.A., vinculación que se extendió hasta el 13 de enero de 2014; que el demandante cumplía una jornada de lunes a viernes de 7:00 am a 6:00 pm; que la CTA TALENTUM S.A., le pagaba como remuneración denominada compensación ordinaria la suma de un salario mínimo mensual; que por cada afiliación que realizaba el demandante se le pagaba una suma de dinero denominada auxilio o subsidio de transporte no salarial; que los medios de producción de la CTA TALENTUM

S.A. eran de propiedad de SALUD TOTAL EPS S.A.; que entre la CTA TALENTUM, GOLD RH SAS y SALUD TOTAL EPS S.A., suscribieron un acuerdo de formalización laboral el 09 de mayo de 2014; que a partir del 14 de enero de 2014 suscribió contrato laboral a término indefinido con la empresa GOLD RH S.A.S., continuando con las mismas labores de asesor comercial al servicio de SALUD TOTAL EPS S.A.; que la relación laboral se mantuvo vigente hasta el 02 de junio de 2019; que nunca prestó servicios personales de asesor profesional para GOLD RH SAS, sino para SALUD TOTAL EPS S.A., habiendo actuado GOLD RH SAS como simple intermediaria; que el acuerdo de formalización laboral fue ineficaz de conformidad con lo dispuesto por el Ministerio del Trabajo en la medida en que los trabajadores de Talentum que se desempeñaban como asesores comerciales en beneficio de SALUD TOTAL EPS S.A. no fueron vinculados laboralmente con dicha EPS; que GOLD RH SAS sin ser una empresa de servicios temporales está realizando tercerización laboral en beneficio de SALUD TOTAL EPS S.A.; que la prestación del servicio le generó una contraprestación económica diferente al salario, denominada como medios de transporte y/o beneficios no salariales, los cuales fueron como contraprestación directa del servicio; que no se le pagaron las primas, vacaciones, cesantías, intereses a las cesantías, aportes a pensión y salud sobre las sumas de dinero denominadas como medios de transporte y/o beneficios no salariales, así como el concepto de reconocimiento de equipos productivos; que el 01 de noviembre de 2016 se firmó otro sí al contrato de trabajo, donde se pactó una remuneración mensual comprendida por una parte salarial fija mensual y una parte variable igualmente salarial; que desde el 14 de enero de 2014 y el 30 de enero de 2017, los medios de transporte pagados por afiliación efectiva de afiliados a SALUD TOTAL EPS, no eran considerados como salario, pero a partir del mes de febrero de 2017 y hasta el 02 de junio de 2019, los pagos realizados por concepto de afiliación de usuarios a SALUD TOTAL EPS, fueron llamados comisiones y sobre estos se pagaron primas, vacaciones, cesantías, intereses sobre las cesantías, aportes a pensión y salud; que GOLD RH SAS, no le pagó al demandante las primas, vacaciones, intereses a las cesantías, cesantías, aportes a pensión y salud, sobre los dineros pagados por concepto de medios de transporte y auxilio no salarial reconocimiento equipos productivos; que el último salario devengado fue de $3.733.448. (Fols. 3 a 39).

2. Contestaciones:

2.1 GOLD RH S.A.S. Dio contestación oponiéndose a las pretensiones bajo el argumento de que la empresa Gold RH SAS, es una persona jurídica diferente y autónoma de la CTA TALENTUM, así como de SALUD TOTAL EPS S.A.; que el demandante celebró un contrato de trabajo a término indefinido con Gold RH SAS que inició el 14 de enero de 2014, sin manifestar ninguna inconformidad durante la vigencia de la relación laboral sobre su remuneración, aunado a que se pactó que "los medios de transporte" no constituían salario; que durante la vigencia de la relación laboral recibió las primas, vacaciones, intereses a las cesantías, cesantías, aportes a pensión y salud, de conformidad con lo acordado por las partes, lo establecido por la ley y lo señalado por la jurisprudencial, por lo que no proceden las indemnizaciones pretendidas. Como excepciones de mérito rotuló las de inexistencia de las obligaciones, mala fe del actor, falta de causa y título para pedir, pago, prescripción, compensación, enriquecimiento sin justa causa, abuso del derecho, genérica y buena fe de la demandada. (fols. 1 a 47 Cd folio 326)

2.2 SALUD TOTAL EPS S.A.. Dio contestación a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, argumentando que el demandante no prestó sus servicios personales subordinados a SALUD TOTAL EPS S.A., ni tuvo vínculo alguno con aquella, razón por la cual no existe obligación alguna porque responder; que el actor estuvo vinculado a

una empresa distinta a SALUD TOTAL EPS S.A.; que no se configuran los elementos constitutivos del contrato de trabajo con SALUD TOTAL EPS; que la razón social de SALUD TOTAL EPS S.A. es disímil del objeto contractual suscrito con el contratista GOLD RH SAS, con el cual se pactaron la realización de actividades comerciales especializadas. Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia de la relación laboral, inexistencia de la solidaridad, buena fe de la demandada, mala fe del demandante- temeridad, cobro de lo no debido, compensación, prescripción y la innominada. (fols. 1 a 25 cd folio 330).

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 31 de enero de 2022, mediante la cual el Juzgado declaró que entre el señor HAIDER ANDERSON LEÓN JIMÉNEZ, en calidad de trabajador y SALUD TOTAL EPS S.A., en calidad de empleadora, existió un contrato de trabajo a término indefinido entre el 03 de marzo de 2007 y el 02 de junio de 2019, concurriendo de forma solidaria la sociedad GOLD RH S.A.S., cuya solidaridad inicia desde el 14 de enero de 2014; condenó a SALUD TOTAL EPS y solidariamente a GOLD RH SAS, a reconocer y pagar al actor: $10.523.758 por concepto de auxilio de las cesantías; $64.094 por intereses a las cesantías; $1.857.682 por concepto de prima de servicios; $27.878 por concepto de vacaciones; $116.053 diarios, arrojando una moratoria por 720 días por valor de $83.558.160 calculados al 02 de junio de 2021, igualmente se calculó los intereses moratorios causados desde el 03 de junio de 2021 hasta el 31 de enero de 2022 por valor de $3.134.705, sin perjuicio de los que se sigan causando; condenó a SALUD TOTAL EPS S.A. y solidariamente a GOLD RH SAS, a pagar la diferencia en los aportes en pensión en favor del demandante ante la entidad para la cual se encuentre afiliado y sobre las diferencias salariales devengadas; absolvió de las demás pretensiones; declaró probada parcialmente la excepción de prescripción y gravó en costas a las demandadas. (Fol. 351 a 354 con CD de audiencia)

Fundamentó su decisión, en que, de conformidad con los artículos 22, 23 y 24 del CST, el actor si probó que prestó el servicio de manera personal, además se evidenció que entre SALUD TOTAL y TALENTUM se suscribió una oferta mercantil para administración total de los procesos y subprocesos asistenciales, operativos, jurídicos, y comercial, al igual que sendas certificaciones que dan cuenta de la prestación del servicio vinculado a través de la CTA TALENTUM desde marzo 2007 a enero de 2014, y a partir del 14 de enero de 2014 al 02 de junio de 2019 a través de un contrato a término indefinido con GOLD RH S.A.S., para desempeñar el cargo de asesor profesional, destacándose que la labor ejecutada siempre fue la misma ante la empresa usuaria SALUD TOTAL E.P.S.

Afirmó que el demandante prestó sus servicios para SALUD TOTAL EPS a través de la CTA TALENTUM y GOLD RH SAS, en virtud del acuerdo de formalización laboral suscrito en el Ministerio del Trabajo, desde el 03 de marzo de 2007 hasta el 02 de junio de 2019, destacándose que en ningún momento las demandadas negaron la prestación del servicio con SALUD TOTAL, al contrario allegaron copias de las ofertas mercantiles de los procesos y subprocesos asistenciales, operativos, jurídicos, y comercial, asimismo de la prueba testimonial, en especial de lo señalado por Henry Ladino Díaz, a quien no resulta viable la tacha, conoció el ámbito laboral del demandante, dada su condición de representante legal de Talentum, quien manifestó que el actor ingresó en marzo de 2007 hasta enero de 2014, ejerciendo funciones comerciales en SALUD TOTAL EPS, y el dicho del testigo Arley Bernal, quien manifestó que en su condición de compañero hacían parte de los ejecutivos de SALUD TOTAL EPS, indicando que las funciones de asesores comerciales era la de realizar afiliaciones, asistir reuniones e informes de gestión, que prestaban sus servicios en las instalaciones de SALUD TOTAL

de las américas, y que ante el cambio de contrato siguieron ejerciendo las mismas funciones.

Dijo al respecto que el demandante realizó la prestación del servicio a favor de la EPS SALUD TOTAL, ejerciendo funciones de afiliación, novedades de retiro, entre otras, de clientes de SALUD TOTAL, estando a cargo de tal entidad el poder subordinante, ya que controlaba el horario y sus funciones, además daba los insumos y el demandante se identificada como asesor comercial de SALUD TOTAL.

Respecto a Gold RH SAS, no existió interrupción de los servicios ni se cambió el cargo del demandante, por lo que, al estar demostrada la prestación del servicio desde el 03 de marzo de 2007 hasta el 02 de junio de 2019, le correspondía a la demandada desvirtuar la presunción legal, lo que no se logra acreditar, ya que se utilizó la figura de intermediación con el fin de disfrazar un verdadero contrato entre el demandante y la EPS SALUD TOTAL, además con la prueba documental no se derruye la presunción, ya que deja intacta la subordinación de la EPS frente al trabajador, como imposición de órdenes, desdibujando el objeto de la CTA, sumado a la utilización de los elementos que eran suministrados por la empresa usuaria (SL1430-2018).

Que al continuar prestando sus servicios en idénticas funciones, tanto la CTA como GOLD, utilizaron indebidamente la figura de la intermediación, configurándose la solidaridad con GOLD RH SAS, a partir del 14 de enero de 2014.

En lo que refiere a los medios de transporte, auxilio no salarial para medios de transporte y auxilio no salarial para equipos productivos, consideró que de conformidad con el artículo 127 CST, aquellos constituyen salario, ya que una vez revisado el contrato de trabajo con GOLD RH S.A.S, si bien se informó que se pactó el auxilio como factor no salarial, no importa la denominación que se le dio, pues estaban retribuyendo directamente la labor del demandante como gestión efectiva de nuevos usuarios, función que hace parte del objeto social de SALUD TOTAL y tienen la connotación de permanencia; que no tenía la empresa parámetros establecidos para el pago de esos auxilios, por lo que, no se puede tener en cuenta la desalarización establecida por las partes.

Frente a la prescripción, manifestó que el 02 de junio de 2019 finalizó la relación laboral, la demanda se presentó el 04 de octubre de 2019, por lo que opera la prescripción de lo causado con anterioridad al 03 de junio de 2016.

Que una vez verificado los devengos percibidos mes a mes, se constata que, en el mes de junio de 2018, no se acreditó pago por estos conceptos, procediendo a impartir condena por los siguientes conceptos, $10.523.758 por concepto de auxilio de las cesantías; $64.094 por intereses a las cesantías; $ 1.857.682 por concepto de prima de servicios; y $27.878 por concepto de vacaciones.

Respecto de los aportes al sistema general de pensiones, al no obrar prueba documental de que se haya pagado los aportes con el salario realmente devengado, esto es, entre el 14 de enero de 2014 al 02 de enero de 2019, procedió a ordenar su pago a la entidad demandada; frente a los aportes a salud adujo que de conformidad con la sentencia SL3009-2017, radicación No 47044, no es dable pedir que se cancelen directamente los aportes al trabajador, máxime cuando en la demanda solo se indicó que se deben realizar los aportes sin ninguna otra circunstancia.

Frente a la indemnización moratoria del artículo 65 CTS, precisó que SALUD TOTAL EPS, no reconoció la existencia del contrato de trabajo y mucho menos pagó el salario real devengado, por lo que se encuentra en el terreno de la mala fe, procediendo la condena de $116.053 diarios, arrojando una moratoria por 720 días por valor de $83.558.160 calculados al 02 de junio de 2021. Igualmente se calcularon los intereses moratorios causados desde el 03 de junio de 2021 hasta el 31 de enero de 2022 por valor de $3.134.705, sin perjuicio de los que se sigan causando.

En lo relacionado con la sanción del artículo 99 ley 50 de 1990, consideró que no es procedente, ya que la parte demandada sí afilió al actor al fondo de cesantías y pagó con la base que correspondía en su momento, cosa distinta es que los auxilios de transporte, comisiones y auxilio de equipos tenía incidencia salarial y debía reliquidar las prestaciones, pero ello no constituye una falta al deber de afiliar al fondo respectivo, así como tampoco procede la sanción de los intereses a las cesantías.

5. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, fue interpuesto recurso de alzada por las siguientes partes procesales:

5.1 Demandante.: Señaló que se debe condenar a las cesantías y sanción por no consignación de las cesantías, con fundamento en que la consolidación del derecho a las cesantías es un derecho de causación a la finalización de la relación laboral, y en el caso concreto no fueron pagadas las cesantías desde el 2007 a 2014, por lo que la demandada debe ser condenada a las cesantías por efecto de la prescripción y la sanción desde 2007 hasta el 2014, y como quiera que la suerte de las cesantías no se encuentran prescritas, tampoco lo está la sanción por no consignación, en lo demás se encuentra conforme respecto de las demás decisiones adoptadas.

5.2 SALUD TOTAL EPS S.A. Manifiesta que interpone recurso en cuanto a la condena de reliquidación de prestaciones, vacaciones e indemnización moratoria, ya que las documentales son claras al establecer que los pagos por medios de transporte no fueron para la retribución directa del servicio sino para los gastos de transporte que en la afiliación efectiva se realice, y además como un reembolso en los gastos para realizar contratos, formularios, entrega de carné, lo que demuestra que su objetivo no era la contraprestación directa del servicio sino en un monto que tenía como objetivo mejorar el desempeño de sus funciones, y el cual está excluido de la base salarial; que el fin de las partes fue no dar connotación salarial a unos pagos que buscaban la retribución de servicios, ya que su objetivo y origen no fue ese; que no puede ser ignorado el concepto de incentivo que se le dio a los mismos; que la jurisprudencia de la CSJ, ha establecido que para determinar la naturaleza salarial de un pago, es un factor ineludible determinar la finalidad de dicho pago; que no puede darse por hecho que todo pago que reciba el demandante tiene connotación salarial; que no había otro concepto que sufragara el transporte; que respecto a los equipos productivos, se precisa que no tenían por objeto la contraprestación directa del servicio, sino el reconocimiento a un equipo por el logro de metas, situación que deja entrever que no fue un pago individual, sino por el comportamiento colectivo de un equipo y que no se enmarca dentro del concepto salarial conforme la sentencia SL41405-2015; que en lo que respecta a la condena solidaria, no se valoró de fondo el contrato comercial con el objeto social de la demandada, ya que se podía delegar en un tercero y no hace parte del giro ordinario de la EPS, pues su misión es prestar el plan de beneficios en salud y no el servicio que fue objeto de contratación; que el decreto 1485 de 1994 permite a las EPS contratar con terceros con o sin relación laboral la actividad de afiliación y traslado de usuarios, en ese orden, no puede existir la condena impuesta en las funciones que desarrolló el demandante; que si bien es un proceso conexo no hace

parte de la etapa productiva de la EPS. En síntesis, solicita que se revoque y se absuelva.

5.3 GOLD RH S.A.S: Aduce que se presenta recurso de apelación parcial, sobre aquellos puntos que afectan los intereses de la demandada. En relación con la solidaridad, va en contravía de toda la legislación y jurisprudencia sobre la materia, primero, en ninguna parte la ley 100 de 1993, establece que la actividad de afiliación a una EPS hace parte de la actividad misional, solo en la lectura del artículo 177 de la ley 100 de 1993, se observa que la función básica o misional de las EPS es garantizar la prestación del POS, adicionalmente, no se tiene en cuenta lo que establece el decreto 1485 de 1994, norma que está vigente, donde expresamente se dice que las EPS pueden contratar la afiliación con terceros, sin que ningún efecto tenga el que los formularios sean de SALUD TOTAL EPS; que no se entiende porque existe una condena solidaria, teniendo en cuenta que cuando se revisa el artículo 34 del CST, se requiere que las personas tengan actividades similares y es evidente que una es la actividad de GOLD RH SAS y otra de la EPS; que la solidaridad no puede ser decretada sin fundamento legal; que no aplica el artículo 35 del CST, ya que la demandada siempre se presentó ante su trabajador como empleador; que respecto de las cesantías, intereses a las cesantías, primas y vacaciones, e inclusive el tema de los aportes, el despacho no tuvo en cuenta que los pagos de medios de transporte y equipos productos es una discusión que se presentó entre enero de 2014 y noviembre de 2016, después de allí desaparece y GOLD le reconoció y creo un concepto que se denominó comisiones y fue liquidado desde noviembre de 2016 hasta el retiro del demandante de manera completa y oportuna; que la única finalidad de la cláusula tercera del contrato era por la afiliación de las personas, no era para que el cumpliera con sus funciones, es decir, para que pudiera desplazarse a los sitios, visitar las personas y entregarles el carné u otras actividades propias; que son gastos no para enriquecer su patrimonio sino para cumplir sus funciones; que existe una vulneración al derecho de defensa, ya que se condena por hechos del 2016 con jurisprudencia que no estaba vigente para ese momento, pues para la fecha de los hechos esos pagos en ningún caso hubieran constituido salarios; que respecto de la mala fe, pareciera que el Ministerio del Trabajo es una entidad cualquiera, ya que fue un acuerdo que fue revestido por el Ministerio del trabajo, adoptado bajo las normas propia que regulan la materia propia para ese momento; que es evidente que actuó de buena fe, ya que consideraba que esos pagos estaban amparados bajo la legislación y jurisprudencia vigente, y no quiso defraudar al trabajador y por eso hizo la vinculación laboral; que respecto a la prescripción se debe revisar, primero, lo que no prescribe son las pensiones pero los aportes a pensión, ya que estos sí prescriben, además se está hablando de reliquidación de aportes, y en gran parte están prescritos; que imponerle una condena solidaria por agencias en derecho cuando actuó de buena fe, no es procedente; que se revise la fecha de creación de los derechos, constitución o presentación de la demanda o renuncia del trabajador para analizar el tema de la prescripción.

6. Alegatos de conclusión. La parte demandada GOLD RH SAS solicita que se confirme la decisión de instancia en lo que le haya sido favorable a sus intereses; que respecto a los medios de transporte y equipos productivos no constituyen salario; que la tercerización laboral es legal y goza de respaldo jurisprudencial; que no se configura la solidaridad con SALUD TOTAL EPS, pues tienen objeto social diferente; que debe absolverse a la demandada de todas las suplicas incoadas por el actor en su contra.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Los recursos de apelación interpuestos por la parte demandante, Salud Total S.A. y por GOLD RH S.A.S., se estudiarán de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS, que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por los recurrentes.

Los **problemas jurídicos** que centran la atención de la Sala consisten en establecer (i) ¿Se configuran los tres elementos esenciales del contrato de trabajo o, por el contrario, la demandada (SALUD TOTAL EPS S.A.) logró desvirtuar la presunción legal del artículo 24 del C.S.T. demostrando que no existió entre las partes una relación laboral dentro de los extremos temporales solicitados en la demanda? (ii) ¿El pago de "auxilio no salarial medios de transporte y auxilio no salarial reconocimiento de equipos" pactado entre las partes constituye salario en los términos del artículo 127 del CST? (iii) ¿Hay lugar a la condena con relación al pago de las cesantías e indemnización de que trata el artículo 99 de la Ley 50 de 1990? (iv)¿La demandada GOLD RH S.A.S. es solidariamente responsable de las acreencias debidas al demandante?

Relación laboral

Con el propósito de desatar la precitada controversia, es preciso señalar que para que se configure la existencia de un contrato de trabajo, se requiere de la presencia indiscutible de los elementos que lo integran, los cuales corresponden según el artículo 23 del C.S.T., a la prestación personal del servicio, la subordinación del trabajador respecto al empleador y el salario como retribución del servicio prestado.

En ese orden, la persona que exige la existencia de un contrato de trabajo sólo le basta probar la prestación o la actividad personal para que se presuma la existencia del contrato de trabajo, dada a la presunción legal contenida en el artículo 24 de la norma sustancial, por manera que a la demandada le corresponde la carga de desvirtuar el trabajo subordinado, con la prueba del hecho contrario.

Lo anterior para significar que en materia laboral, la prosperidad del reconocimiento de los derechos laborales a favor del trabajador se centra inicialmente en la demostración de la existencia del vínculo laboral y de sus extremos temporales, situación que entra la Sala a analizar a fin de determinar la viabilidad de las súplicas de la demanda, efectuando para ello la valoración de las pruebas en su conjunto aportadas al plenario, conforme lo determinan los artículos 60 y 61 del C.P.T y de la S.S.

Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha adoctrinado que *"para la configuración del contrato de trabajo se requiere que en la actuación procesal esté plenamente demostrada la actividad personal del trabajador demandante a favor de la parte demandada, y en lo que respecta a la continuada subordinación jurídica, que es el elemento característico y diferenciador de toda relación de trabajo, debe igualmente estar evidenciada"* (criterio reiterado en sentencia SL11977-2017)

En el sub – lite, se tiene que la parte actora señala que su relación laboral con la demandada SALUD TOTAL EPS S.A. tuvo lugar en el período comprendido entre el 03 de marzo del 2007 hasta el 02 de junio de 2019. Prestación personal del servicio y extremos temporales que se dividen de la siguiente manera: entre el 03 de marzo de 2007 al 13 de enero de 2014 a través de la CTA TALENTUM, y entre el 14 de enero de 2014 hasta el 02 de junio de 2019 a través de GOLD RH S.A.S.

En lo que respecta a la prestación del servicio con la CTA TALENTUM, debe decirse que tal entidad no fue convocada al proceso debido a que ya se encuentra liquidada (Cd. Fol. 323); sin embargo, la prestación personal del servicio se encuentra acreditada con la testimonial de Henry Ladino Díaz, quien fue representante legal de la CTA TALENTUM entre el año 2007 a 2015, y quien de manera contundente manifestó que *"Él firmó un convenio contrato asociativo en marzo del 2007, yo fui gerente del 2007 y su retiro de Talentum fue en enero de 2014. Durante este tiempo, él ejerció las funciones para la cooperativa como asesor en diferentes niveles",* ello en virtud del contrato comercial que tenía con SALUD TOTAL EPS S.A. (Fols. 97 a 131), consistente en *"la prestación de servicios para el manejo y administración total de los procesos y/o subprocesos asistencial, operativo, comercial y jurídico y de sus subprocesos y conexos requeridos, para la prestación de los diferentes servicios que desarrolla la EMPRESA en cumplimiento de su objeto social, de conformidad con lo establecido en la normatividad legal vigente, cuyo resultado final lo constituye la garantía en la prestación del citado servicio en favor de todos los afiliados y/o potenciales afiliados de la EMPRESA".*

Igualmente, obra la planilla de aportes a la seguridad social en pensiones (fls. 205 a 206), en la que se constata las cotizaciones a COLFONDOS S.A. por parte de TALENTUM CTA desde el 03 de marzo de 2007 hasta el 14 de enero de 2014.

Ahora, en relación con GOLD RH SAS, baste con traer a colación la certificación en la que se establece que el actor prestó sus servicios como asesor profesional desde el 14 de enero de 2014 hasta el 02 de junio de 2019, bajo un contrato a término indefinido, cuyas funciones era entre otras *"Asegurar la promoción de los productos de la EPS Salud Total en los mercados objetivos definidos en el panel de empresas, e identificados en el mercado natural de las zonas de georreferenciación con el fin de garantizar la afiliación de la población que cumple con las características para que la afiliación sea efectivo"* (fls. 207 a 208)

Lo anterior lleva indefectiblemente a dar por acreditado el primer elemento del contrato de trabajo, esto es, la prestación personal del servicio por parte del accionante, lo que da lugar a la inversión de la carga de la prueba, en donde la GOLD RH SAS y SALUD TOTAL EPS S.A. deberán desvirtuarla de manera fehaciente, controvirtiendo la prestación personal del servicio, o bien la no existencia de la subordinación, ello enmarcado al postulado "onus probandi", "*incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen*" (art.167 C.G.P antes 177 C.P.C), según el cual al demandado bajo el principio de "*'reus, in excipiendo, fit actor'*, cuando excepciona, funge de actor y debe probar los hechos en que funda su defensa (Sentencia C-086-2016).

En este punto viene a propósito traer a colación el precedente judicial de la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, que aunque de vieja data tiene aún carácter vinculante y plena aplicación al sub lite, citado por la Corte Constitucional en la sentencia de Tutela T-694 de 2010, en donde el máximo tribunal constitucional hace un análisis minucioso respecto de la presunción de que trata el artículo 24 del C.S.T, y pregona que para ser desvirtuada en el proceso laboral el extremo litigioso por pasiva debe soportarse válidamente en medios de prueba que permitan dar cuenta que la relación jurídica entre las partes no es de naturaleza laboral, los cuales deben ser de suficiente peso y solidez para que el fallador descarte la naturaleza del vínculo laboral.

Adicionalmente, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL3436 de 2021, aborda el marco jurídico y jurisprudencial respecto de la contratación a través de cooperativas de trabajo asociado, precisando ciertas características especiales, como a continuación se detalla:

> *"una característica principal de tales entes es que sus asociados gozan de plena autonomía técnica, administrativa y financiera en la prestación de sus servicios, y por ello no se rigen por la legislación sustantiva y ordinaria laboral.*
> *(…)*
> *a través de las precooperativas y cooperativas de trabajo asociado las personas trabajadoras deben contar siempre con la libertad de asociarse o no y acordar libremente la contribución coordinada de sus aportes, bien sean económicos, en bienes, servicios o fuerza de trabajo, a fin de prestar un servicio especializado e incorporarse en el sector productivo de trabajo.*
> *(…)*
> *la Corporación no desconoce que la organización del trabajo autogestionario, en torno a las cooperativas de trabajo asociado, constituye una importante y legal forma de trabajo, paralela a los vínculos subordinados, pero dicha forma de contratación no puede ser utilizada de manera fraudulenta para disfrazar u ocultar la existencia de una verdadera relación subordinada, que fue lo que ocurrió en el sub judice; así también se ha reiterado en múltiples ocasiones".*

Ahora, para ir más allá, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL3345-2021 y SL3436-2021, hace referencia a la Recomendación 198 de la Organización Internacional del Trabajo, para significar que la misma contiene un "*haz de indicios que, sin ser exhaustivo, permite examinar de modo panorámico la relación fáctica laboral y determinar con meridiana certeza si entre las partes existió una relación laboral encubierta".*

Más adelante, citando la sentencia SL1439-2021 enmarca varios indicios que la Jurisprudencia nacional ha determinado en sus decisiones y que se acompasan con los referidos en el Convenio 198 de la OIT, a saber:

> *(...) la prestación del servicio según el control y supervisión de otra persona (CSJ SL4479-2020); la exclusividad (CSJ SL460-2021); la disponibilidad del trabajador (CSJ SL2585-2019); la concesión de vacaciones (CSJ SL6621-2017); la aplicación de sanciones disciplinarias (CSJ SL2555-2015); cierta continuidad del trabajo (CSJ SL981-2019); el cumplimiento de una jornada u horario de trabajo (CSJ SL981-2019); realización del trabajo en los locales o lugares definidos por el del beneficiario del servicio (CSJ SL4344-2020); el suministro de herramientas y materiales (CSJ SL981-2019); el hecho de que exista un solo beneficiario de los servicios (CSJ SL4479-2020); el desempeño de un cargo en la estructura empresarial (SL, 24 ag. 2010, rad. 34393); la terminación libre del contrato (CSJ SL6621-2017) y la integración del trabajador en la organización de la empresa (CSJ SL4479-2020 y CSJ SL5042-2020).*

En ese orden, teniendo en cuenta los anteriores parámetros legales, jurisprudenciales y de índole internacional, considera la Sala que SALUD TOTAL EPS S.A. no logró derruir la presunción legal acerca de que la prestación del servicio fue subordinada, por cuanto es evidente que el actor actuó bajo una de sus actividades misionales, en virtud de la oferta mercantil irrevocable de prestación de servicios para el manejo y administración total de los procesos y/o subprocesos asistencial, operativo, comercial y jurídico en relación con la CTA TALENTUM (Fols. 97 a 131), y en ejecución del contrato de mandato suscrito entre SALUD TOTAL EPS S.A. y GOLD RH SAS (Fols. 62 a 73 Cd 330), cuyo objeto en ambos contratos estaba referido al proceso de afiliación al sistema general de seguridad social en salud.

De lo anterior también da cuenta la prueba testimonial recabada de Henry Ladino Díaz y Arley Bernal, el primero, representante legal de TALENTUM entre 2007 a 2015, quien refirió conocer al demandante cuando se desempeñó en el área comercial, misma que operaba en "*los locales que los arrendó salud total, pero que lo entregó en comodato a la cooperativa, la cooperativa tenía que hacer todo el mantenimiento y todo lo que es la labora*

desde este punto de vista supervisión administrativa de estas de estas instalaciones", y a pesar de que sostiene que la subordinación fue por parte de la CTA, debe tenerse en cuenta que las actividades del actor se desarrollaban en las instalaciones de SALUD TOTAL EPS en cumplimiento de uno de sus objetos misionales, esto es "*promover la afiliación de los habitantes de Colombia al sistema General de seguridad social en salud en su ámbito geográfico de influencia, garantizando siempre la libre escogencia del usuario"*(Fol. 5 Cd Folio 330), lo que deja en evidencia que los elementos de producción no eran de la CTA, y en ese orden, se trasgrede lo dispuesto en el artículo 3° del Decreto 2025 de 2011 y artículo 8° del Decreto 4588 de 2006, y a la vez, resulta contrario a lo que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, ha edificado al respecto, como se puede apreciar en la sentencia SL3436-2021, en la que dijo:

> *"Así, se ratifica lo que esta Corte ha adoctrinado de forma reiterada en su jurisprudencia, en el sentido que en el marco del cooperativismo un elemento distintivo es que los trabajadores asociados sean dueños de los elementos de producción y laborales, pues lo contrario pone de presente un elemento indicativo que la entidad cooperativa no tiene la capacidad estructural, económica y administrativa para ofrecer un servicio especializado".*

De otro lado, en lo que respeta al testigo Arley Bernal, compañero de trabajo del demandante hasta el año 2016, nótese que manifestó que trabajaban en el área comercial haciendo afiliaciones, y frente a la sede donde debían cumplir su labor, manifestó que *"estábamos ubicados por ahí en la sede de las Américas, pues, pertenecen a Salud Total, porque obviamente tiene los logos y al frente en el segundo piso quedaban obviamente las oficinas de la otra cooperativa, que obviamente nos había afiliado antes que Gold, que queda al frente en el segundo piso";* estas afirmaciones de los testigos dejan entrever que realmente SALUD TOTAL EPS S.A. utilizó de manera indebida la figura de la tercerización para cumplir su objeto misional, inicialmente a través de la CTA TALENTUM, y de manera posterior a partir del año 2014 con GOLD RH SAS, pues al igual que con la CTA, se celebró con GOLD RH SAS un contrato civil de mandato (Fols. 62 a 73 Cd folio. 330) tercerizando la misma función, y para el cumplimiento del objeto contratado se suscribió un contrato de comodato (Fols. 77 a 92 Cd folio 330), donde al igual que con la cooperativa de trabajo asociado le entrega bajo ese rótulo los bienes de SALUD TOTAL EPS S.A. para que GOLD RH S.A.S. desarrolle el objeto contractual, lo que denota para la Sala que en virtud del principio de la realidad sobre las formas, tanto la CTA TALENTUM como GOLD RH SAS, fungieron como simples intermediarias, en función de mimetizar una evidente relación laboral, el cual, en el sub examine, venía desarrollándose desde el 03 de marzo de 2007.

La parte recurrente sostiene que no se tuvo en cuenta el Acuerdo de Formalización Laboral (Fols. 81 a 92), mediante el cual, en el año 2014 quienes se encontraban tercerizados con la CTA TALENTUM se formalizaron mediante contrato a término indefinido con GOLD RH SAS, cumpliendo de esa manera con lo establecido por el Ministerio del Trabajo, argumento que no resulta aceptable para la Sala, pues es precisamente en dicha data en donde mayor relevancia debe dársele al artículo 53 de la Constitución Política, pues como se adujo, la labor efectuada por el actor en cumplimiento del objeto social de SALUD TOTAL EPS venía desarrollándose desde el 03 de marzo de 2007, fungiendo como verdadero empleador SALUD TOTAL EPS, y por ello, la formalización esperada para el 14 de enero de 2014, era la vinculación directa con SALUD TOTAL EPS, no con GOLD RH SAS, quien al igual que la CTA TALENTUM SAS, solo fue empleador en el plano formal, ya que en la práctica el actor siguió desarrollando la misma función que venía desempeñando con la CTA TALENTUM, sin solución de continuidad, aunado a que, bajo el contrato de mandato se siguió desempeñando la labor en las instalaciones de SALUD TOTAL EPS S.A., lo que demuestra, que la

formalización a que se hizo referencia solo aconteció desde el punto de vista formal, y en ese sentido, muy a pesar de que tal acuerdo de formalización se haya ventilado ante el Ministerio del Trabajo, no resulta ser de obligatorio cumplimiento para el operador judicial, ya que el Ministerio del Trabajo no dilucida lo relativo al principio de la realidad sobre las formas, y mucho menos tiene la competencia para declarar la existencia de una relación laboral como la que aquí se declara.

De otro lado, se acude a lo establecido en el Decreto 1485 de 1994, para sostener que la EPS SALUD TOTAL podía a través de terceros contratar el proceso de promoción de la afiliación, y que por ello, podía subcontratar con GOLD RH SAS; empero, a pesar de que el artículo 18 del citado Decreto establezca que *"Las Entidades Promotoras de Salud podrán utilizar para la promoción de la afiliación a vendedores personas naturales, con o sin relación laboral, a instituciones financieras, a intermediarios de seguros u otras entidades, en los términos previstos en el presente Decreto y demás disposiciones legales sobre la materia",* a renglón seguido establece que en el caso de hacerlo a través de una institución o intermediario, que para el caso concreto podía serlo GOLD RH SAS, debe ser "*bajo su exclusiva e indelegable responsabilidad directa"*, lo que no se vislumbra en el sub examine, ya que como se dijo anteriormente, entre SALUD TOTAL EPS S.A. y GOLD RH SAS se suscribió un contrato de comodato, fungiendo GOLD RH SAS solo como aparente intermediario.

Para respaldar lo dicho, resulta oportuno traer a colación lo decantado en la sentencia SL1430-2018, en la que la Sala de Casación Laboral, de la Corte Suprema de Justicia, en un caso de similares contornos al aquí debatido, concluyó:

> *"Por consiguiente, al amparo del principio de la primacía de la realidad sobre las formas (at. 53 C.P.), se tiene que las mencionadas cooperativas actuaron como simples intermediarias, como quiera que quien organizaba, controlaba y se beneficiaba de los servicios prestados por el demandante era Salud Total EPS, empresa que se comportó como un verdadero empleador al ejercer el poder subordinante, lo cual hace que el nexo resulte de estirpe laboral desde el 16 de junio de 1998".*

De lo expuesto fluye inequívoca la conclusión de que la CTA TALENTUM, así como GOLD RH SAS, solo fungieron como entidades de suministro de personal, desdibujándose los presupuestos de autogestión, autocontrol y autogobierno propios de una relación cooperativa en relación con la CTA TALENTUM, y en lo tocante a GOLD RH SAS, no ejerció su función u objeto misional bajo su responsabilidad directa, sino que continuó cumpliendo una actividad propia de SALUD TOTAL EPS, en las mismas instalaciones y con los medios de producción de propiedad de la EPS, desnaturalizándose completamente la supuesta relación que como asociado tenía con la aludida CTA y la existencia de la relación laboral con GOLD RH SAS, cobrando fuerza la posición según la cual, el vínculo existente entre el demandante y la cooperativa, así como con GOLD RH SAS, solo fue formal, pues en el plano material únicamente fungieron como empresas dedicadas al suministro de personal, objeto para el cual no estaban autorizadas, pues no tienen la naturaleza de Empresa de Servicios Temporales.

La sala reitera que el hecho de que el actor formalmente haya tomado la iniciativa de afiliarse a la Cooperativa y que bajo la autonomía de su voluntad haya firmado un contrato de trabajo con GOLD RH SAS, no significa que deba tenerse como cooperado en la primera y como trabajador en la segunda, pues aplicando el principio de la realidad sobre las formalidades, el material probatorio demuestra que la relación laboral se efectuó con la EPS, máxime cuando en el sub lite no obra probanza alguna de que el promotor de la Litis en calidad de asociado hubiere participado en la toma de decisiones respecto de los excedentes que genere la cooperativa u otros aspectos

propios del trabajo autogestionario, o que GOLD RH SAS, haya ejercido su función u objeto misional bajo su responsabilidad directa.

Por consiguiente, el esfuerzo de las demandadas para argumentar que se trató de un vínculo cooperado o de una relación laboral directa con GOLD RH SAS, resulta desatinado cuando el caudal probatorio demuestra que la actividad personal no se ejecutó con autogestión y autonomía sino con las características propias de una relación de naturaleza laboral, esto es, en desarrollo de una actividad misional, dependiente o subordinada, por un largo periodo de tiempo y en el lugar asignado por SALUD TOTAL EPS S.A.

Siendo ello así, queda claro que no fue equivocada la decisión de instancia en este aspecto, debiéndose impartir confirmación a la sentencia en este tópico.

"Auxilio no salarial medios de transporte y auxilios no salarial reconocimientos equipos productivos" como salario

Para resolver este problema jurídico es preciso señalar que el artículo 127 del CST consagra los elementos integrantes del salario, dentro de los que se encuentra "*todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte".*

Ahora, sobre su correcta intelección la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL1662 de 2021, hace todo el andamiaje jurisprudencial respecto del artículo en cita, en la que extrae apartes de las sentencias desde la radicación No 5481 de 2003 hasta la SL4850 de 2019, y en lo que aquí concita la atención de esta Sala, determina que de conformidad con el artículo 15 de la Ley 50 de 1990, declarado exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-521 de 1995, existe la posibilidad de que beneficios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente, u otorgados extralegalmente por el empleador, puedan ser considerados sin incidencia salarial, pero para que aquello ocurra debe verificarse si ese beneficio habitual u ocasional constituye retribución directa del ser servicio, es decir, le corresponde al juzgador *"examinar si su finalidad es remunerar de manera directa la actividad que realiza el asalariado (…)"*

En la misma providencia se determina que el solo hecho de que se reciba un beneficio de manera periódica no implica que tenga incidencia salarial, razón por la que, el administrador de justicia no puede de manera simplista determinar la incidencia salarial por la manera habitual en que se recibe una suma de dinero, sino que debe realizar un "***juicio hermenéutico"*** para desentrañar si lo recibido a favor del trabajador fue para remunerar el servicio prestado o lo fue para otra finalidad.

Igualmente, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1798-2018 establece que existen conceptos que por su naturaleza tienen incidencia salarial, independiente del nombre que se les dé, los cuales no pueden excluirse de su naturaleza salarial por convenio entre las partes, tales como las comisiones.

La misma Corporación ordinaria ha señalado que las partes contratantes pueden convenir el pago de beneficios sin incidencia salarial, pero aquellos pactos deben ser expresos, claros, precisos y detallados, no siendo posible establecer clausulas globales o genéricas, y que ante *"la duda de si determinado emolumento está o no incluido en este tipo de acuerdos, debe resolverse en favor de la regla general, esto es, que para todos los efectos es retributivo"* (SL5159-2018)

De la misma providencia se extrae que los pagos no salariales deben tener destinación

específica, es decir, que el emolumento no sea otorgado para que el trabajador *"dispusiera inmediatamente de esos recursos",* ya que, de ser así, puede aquel emplearlos en *"la satisfacción de las necesidades que usualmente se colman mediante el salario",* y en ese orden se desnaturaliza la finalidad del beneficio no salarial pactado entre las partes.

Frente a este particular tema, de manera más puntual nuestro máximo órgano de justicia ordinaria dejó sentado que para darle connotación salarial a un pago, la parte activa **debe probar su origen**, esto es, que se efectuó como contraprestación directa del servicio, de lo contrario resultaría impróspera la pretensión (SL7820/14). Respecto a que se entiende por contraprestación directa del servicio, ha enseñado que es aquella cuyo pago depende de lo que haga o deje de hacer el trabajador, por ello, es necesario establecer si la contraprestación económica se generó o no por la actividad desarrollada por el trabajador (SL2029/20 que reitera SL435/19, Rad. 32657/09).

Descendiendo al sub examine, en efecto la Sala se aviene a los discurrimientos del cognoscente de instancia, con base en los siguientes razonamientos.

A folio 191 a 204 obra el régimen de compensaciones de la CTA TALENTUM, en el que se dice textualmente:

> *"ARTÍCULO 20. Medios de Transporte. La COOPERATIVA DE TRABAJAO ASOCIADO TALENTUM, reconocerá y pagará a favor del trabajador asociado, los gastos de transporte en la gestión de afiliación efectiva realicen, tales como desplazamientos a diferentes lugares para realizar los contratos, para diligenciar formularios, para entrega de carné, para asesoría de producto, entre otros".*

Igualmente, en el contrato de trabajo que suscribió el actor con GOLD RH SAS, se estableció en la cláusula tercera que:

> *"TERCERA: MEDIOS DE TRANSPORTE. EL EMPLEADOR reconocerá y pagará en favor DE (LA) TRABAJADOR (A), como medios de transporte los gastos de transporte que, en la gestión de afiliación efectiva realice, tales como desplazamientos a diferentes lugares para realizar los contactos, para diligenciar formularios, para entrega de carnets, para asesoría de producto, entre otras actividades conexas, y en las fechas de corte dispuestas; las sumas sobre cada cotizante que cumpla las siguientes condiciones a saber: a) Que las afiliaciones se hagan en aquellas ciudades y municipios donde SALUD TOTAL E.P.S. tenga red de prestadores del servicio activo. b) Que las afiliaciones a trabajadores independientes, dependientes o pensionados de personas jurídicas debidamente constituidas y registradas legalmente con número de identificación tributaria (NIT), y que sea de carácter privado (…). c) Correcto diligenciamiento de todos los formularios del periodo. d) Que la asignación de I.P.S primaria y A.R.P., se haya efectuado mediante el diligenciamiento del espacio correspondiente en el formulario de inscripción. e) Anexos legales y contractuales debidamente radicados. f) Pago, por parte del cotizante de la correspondiente cotización o aporte previo, por la totalidad de los días del mes respectivo. g) Compensación efectuada ante el FONDO DE SOLIDARIDAD Y GARANTÍA, la cual debe hacerse efectuado por mes completo, lo cual solo sucede en el evento en que la cotización se efectué por los 30 días del respectivo mes. PARÁGRAFO PRIMERO: Estaos medios de transporte únicamente se pagarán un vez, por afiliación de cada cotizante, independientemente de las renovaciones de la afiliación inicial que los afiliados realicen posteriormente (…).*

De igual manera, en los comprobantes de pago de nómina obrantes a folios 223 a 286 se detalla en algunos periodos el concepto de *"auxilio no salarial para medios de transporte"* y *"auxilio no salarial para reconocimiento equipos productivos";* sin

embargo, del dicho del testigo Arley Bernal se desprende que tales emolumentos eran otorgados como prestación directa del servicio, pues ante la pregunta relacionada con el "*auxilio no salarial para medios de transporte",* manifestó que se otorgaba "*Por las funciones desempeñadas con las empresas que él manejaba de acuerdo a las afiliaciones que él realizaba durante el mes y dependiendo la compensación que obviamente recibía la EPS salud total",* más adelante dijo: "*a nosotros nos liquidaban mensualmente nuestro sueldo y adicional, nos daban unos unas comisiones de acuerdo a las afiliaciones que habíamos, él había liquidado y de acuerdo a la cantidad de afiliaciones que él radicaba él recibía una compensación mensual, obviamente que todos los meses la compensación variaba porque no todos los meses se radicaba lo mismo, en un mes se podía, él podía radicar 70 afiliaciones, otro mes unas 80, otro mes 90. Entonces la comisión variaba de acuerdo a la cantidad de afiliaciones que él radicaba"*

Y frente al "*auxilio no salarial para reconocimiento equipos productivos",* manifestó el testigo que "*cuando se lanzaba el concurso y se, se, se cumplía conforme a lo establecido por el concurso, obviamente se pagaba, sino al que, si no se establecía (sic), obviamente no se pagaba. Por ejemplo, si el concurso establecía que teníamos que radicar por decir 130 afiliados y si se radica 129 no éramos beneficiados del premio, pero si radicábamos 130 en adelante, pues obviamente éramos beneficiados de ese, de ese de ese premio"*

Así las cosas, le competía a la entidad enjuiciada entrar a demostrar que aquello no fue así, o que tales auxilios no correspondían a comisiones por afiliaciones; no obstante, nada trajo al diligenciamiento que se encause en ese horizonte, solo se contrajo a decir que así fue pactado por las partes, y que no constituía factor prestacional, pero no ahondó en su finalidad, periodicidad u origen, a pesar de habérsele preguntado, aspectos que llevan a la Sala a determinar que tales conceptos fueron otorgados como comisión por afiliación, bien sea individual o a través de un grupo de trabajo, y por ende, remuneraba de manera directa la actividad que realiza el asalariado, pues entre más afiliaciones se realizaban en favor de SALUD TOTAL EPS S.A., superior era su remuneración mensual.

En este aspecto, el recurrente manifiesta que el *"auxilio no salarial para reconocimiento equipos productivos"* al ser otorgado por el comportamiento colectivo de un equipo no se enmarca dentro del concepto salarial, aspecto que no es de recibo, dado que de vieja data la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de radicación No 33790 del 24 de febrero de 2010, en la que reiteró la de radicado No 27325 del 10 de julio de 2006, precisó que:

> *"El cambio en la denominación del pago no varía la naturaleza retributiva, de suerte que, como lo ha considerado la Corte en procesos análogos al presente, seguidos contra la misma sociedad aquí demandada, simplemente hubo una alteración del nombre pero no de las condiciones de trabajo ni de la forma de retribución de los servicios, pues es claro que los aludidos premios estaban atados directa y proporcionalmente al trabajo que desplegara el trabajador, toda vez que dependían de unas metas de ventas de un grupo específico de trabajo, circunstancia esta última que no desvirtúa el carácter salarial del pago, conforme se explicó en la sentencia arriba reseñada,* ***porque el hecho de que el pago responda a una gestión de grupo y no individual no impide considerar que, en últimas, en realidad se retribuya el trabajo particular de cada uno de los miembros que forman el grupo****".* (Negrilla fuera del texto).

Así entonces, del dicho del testigo Arley Bernal se desprende que tales emolumentos eran otorgados como prestación directa del servicio al estar directamente relacionado con el número de afiliaciones realizadas por el grupo o equipo de trabajo, es decir, retribuía el trabajo particular de cada uno de los miembros del grupo, cuyo valor

concreto para el caso del trabajador, hoy demandante, se encuentra reconocido en los desprendibles de pago, teniendo en consecuencia, connotación salarial.

De otro lado, si bien la cláusula contractual estipula *"auxilio no salarial"* como no constitutiva de salario, ello no da pie para que el empleador arrope en ese concepto las comisiones por afiliaciones, las cuales a la luz de lo establecido en el artículo 127 del CST constituyen salario (CSJ- SL, Radicación No 22069 del 27 de septiembre de 2004), lo que significa que al no haber sido clara, precisa y detallada la finalidad de tal concepto, debe seguirse la consecuencia de que trata la sentencia SL5159-2018, esto es, ceñirse a la regla general de que para todos los efectos se considera tal concepto como retributivo de la actividad desarrollada por el trabajador.

De igual manera, nótese que una de las características de los beneficios no salariales es que deben tener destinación específica, lo que no ocurre en el sub examine, ya que nada de ello se logró acreditar por la empresa demandada, al contrario, se acreditó que tal concepto correspondía a las comisiones por afiliaciones efectivas.

Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1430 de 2021, en la que reiteró la SL1030-2018, sobre un asunto de similares contornos contra la entidad aquí demandada, adoctrinó que:

> *"En ese orden, no queda duda que los «incentivos de transporte» sí remuneran el servicio para el que se contrató al demandante, pues están directamente relacionados con la cantidad de afiliaciones efectivas a posibles beneficiarios del plan obligatorio de salud ofrecido por la EPS como actividad principal de su objeto social.*
>
> *En consecuencia, para la Sala, se trata de pagos de naturaleza salarial, por ser una remuneración que percibía como contraprestación directa del servicio, pues no se acreditó que dichas sumas las recibiera para ejercer sus funciones o en su calidad de trabajadora asociada al organismo cooperativo y no para su beneficio, ni para enriquecer su patrimonio".*

Así las cosas, sin que haya más que agregar al respecto, concluye la Sala que debe confirmarse la decisión de instancia en lo que respecta a la incidencia salarial del *"auxilio no salarial para medios de transporte"* y *"auxilio no salarial para reconocimiento equipos productivos"*, indicando desde ya que la orden impartida respecto a los reajustes en las cotizaciones al fondo de pensiones con el salario realmente devengado también debe confirmarse, pues tales aportes son imprescriptibles, tal como lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias en la SL13207-2015, que reiteró la SL7885-2015.

Auxilio de cesantía

Todo empleador está obligado a pagar a sus trabajadores y a las demás personas que se indican en este capítulo, al terminar el contrato de trabajo, como auxilio de cesantía, un mes de salario por cada año de servicios y proporcionalmente por fracción de año (Art. 249 CST). Para liquidar el auxilio de cesantías debe tomarse como base el último salario mensual, siempre y cuando éste no haya tenido variación en los 3 meses anteriores. En el caso contrario, y en el de los salarios variables se tomará como base el promedio mensual de lo devengado en el último año de servicios o en todo el tiempo servido si fuese menor de un año. (Art. 253 CST). El auxilio de transporte forma parte de la base para liquidar el auxilio de cesantías, sin embargo, para que sea tomado en cuenta deberá demostrarse que fue percibido o que se reúnen los presupuestos contenidos en el art. 2° de la Ley 15 de 1959, esto es, devengar hasta 2 SMLMV, sin

residir en el mismo lugar de trabajo, que el traslado no le implique un mayor costo o esfuerzo y que no le sea suministrado de manera gratuita por su empleador.

Previo a definir el valor a reconocer, aquí debe resolverse el punto de apelación propuesto por la parte demandante, quien solicita que se reconozca las cesantías desde el año 2007 al año 2014, en la medida en que se declaró la "existencia de único vínculo laboral", siendo que la prescripción de tal concepto empieza a correr desde que finalizó la relación laboral, y en ese orden, como la relación laboral finalizó en el año 2019 y la demandada se presentó en ese mismo año, asienta que, hay lugar a imponer tal condena.

En efecto, le asiste razón en su pedimento, dado que acorde a la jurisprudencia (CSJ SL, 24 ago. 2010, rad. 34393, reiterada en la sentencia CSJ SL, 31 ene. 2012, rad. 37389):

> *"el auxilio de cesantía es una prestación social y cualquiera que sea su objetivo o filosofía, su denominador común es el de que el trabajador solo puede disponer libremente de su importe* ***cuando se termina el contrato de trabajo*** *que lo liga con su empleador. Pues durante la vigencia de su vínculo, no puede acceder al mismo sino en casos especiales que están regulados por la ley, en los cuales se ejerce una de las tantas tutelas jurídicas a favor del subordinado, que procura que sea correcta la destinación de los pagos que por anticipos parciales de cesantía recibe como parte del fruto de su trabajo, acorde con las preceptivas de los artículos 249, 254, 255 y 256 del C. S. del T., 102 ordinales 2 - 3 y 104 inciso último de la Ley 50 de 1990, y artículo 4° de la Ley 1064 de 2006.*
>
> *En cambio, cuando el contrato de trabajo finaliza, el trabajador puede disfrutar sin cortapisa alguna de dicha prestación, pues la obligación del empleador en ese momento es la de entregarla bien directamente a quien fue su servidor o a través de los fondos administradores según la teleología de la ley.*
>
> *Así las cosas, se reitera nuevamente, que el sistema legal de liquidación del auxilio de cesantía actualmente vigente, no modificó la fecha de causación o de exigibilidad de la referida prestación social. Simplemente y desde luego de manera radical y funcional, cambió la forma de su liquidación, pero en lo demás, mantuvo la misma orientación tradicional en cuanto a que solo a la finalización del vínculo contractual laboral, el ex-trabajador debía recibirla y beneficiarse de ella como a bien lo tuviera sin las limitaciones exigidas en los casos en que durante la vigencia del contrato necesitara anticipos parciales o préstamos sobre el mismo".*

Descendiendo al sub examine, la prescripción de las cesantías debe contabilizarse a partir de la fecha de terminación del contrato, momento en el cual el trabajador puede disponer libremente de su importe y, en consecuencia, es cuando efectivamente se hacen exigibles, y como quiera que no transcurrieron más de tres años entre la fecha de terminación del contrato (02 de junio de 2019) y la de radicación de la demanda (04 de octubre de 2019), deben liquidarse en línea de principio las causadas durante toda la relación laboral, de no ser porque en la alzada el demandante se limitó su reconocimiento solo al periodo del 2007 al 2014.

Precisado lo anterior, y en vista de que no obra en el plenario que durante el lapso del 03 de marzo de 2007 hasta el 13 de enero de 2014, se hayan sufragado las cesantías o consignado las mismas a un fondo de cesantías, hay lugar a su reconocimiento, pues si bien, el testigo Henry Ladino Díaz aseveró que en el régimen de compensaciones de la CTA TALENTUM se pagaba una compensación que era similar al auxilio de cesantías,

ninguna probanza acreditativa de su pago se allega al plenario, por lo que resulta procedente su condena.

Ahora, en lo que refiere al monto, acota la Sala que en acápite anterior se estableció que los conceptos de "auxilio no salarial para medios de transporte" y "auxilio no salarial para reconocimiento equipos productivos" constituyen factor salarial, y que tales conceptos venían siendo reconocidos desde que estuvo vinculado con la CTA TALENTUM; empero, no se acredita en el plenario el valor que durante el periodo del 03 de marzo de 2007 hasta el 13 de enero de 2014 haya recibido por dichos conceptos, pues solo se cuenta con los desprendibles de nómina de enero de 2014 hacia adelante, esto es, de su vinculación formal con GOLD RH SAS, por ello, se tomará solo el salario reportado al sistema general de pensiones y que milita a folios 205 a 206.

Una vez realizadas las operaciones aritméticas encuentra la Sala que la demandada le adeuda al actor la suma de **$4.655.517,38** por concepto de auxilio de cesantías entre el 03 de marzo de 2007 al 13 de enero de 2014.

DESDE	HASTA	SALARIO RECIBIDO	AUXILIO DE TRANS	TOTAL (SALARIO + AUX TRANS)	DIAS		CESANTIAS
3/03/2007	31/12/2007	$ 4.311.000,00	$ 504.613,33	$ 484.793,29	298	24,83333333	$ 401.301,11
1/01/2008	31/12/2008	$ 6.062.000,00	$ 660.000,00	$ 560.166,67	360	30	$ 560.166,67
1/01/2009	31/12/2009	$ 7.233.000,00	$ 711.600,00	$ 662.050,00	360	30	$ 662.050,00
1/01/2010	31/12/2010	$ 7.751.000,00	$ 738.000,00	$ 707.416,67	360	30	$ 707.416,67
1/01/2011	31/12/2011	$ 8.266.000,00	$ 763.200,00	$ 752.433,33	360	30	$ 752.433,33
1/01/2012	31/12/2012	$ 8.419.000,00	$ 813.600,00	$ 769.383,33	360	30	$ 769.383,33
1/01/2013	31/12/2013	$ 8.655.000,00	$ 846.000,00	$ 791.750,00	360	30	$ 791.750,00
1/01/2014	13/01/2014	$ 273.866,00	$ 31.200,00	$ 305.066,00	13	1,083333333	$ 11.016,27
						TOTAL	**$ 4.655.517,38**

En este punto, debe reiterar la Sala que pese a que se le da la razón al actor en el tema de la prescripción, la condena no puede extenderse a las cesantías causadas entre el 14 de enero de 2014 y hasta el 02 de junio de 2016, fecha esta última a partir de la cual el a quo fulminó condena, ya que se insiste, en el recurso de alzada solo se pidieron las cesantías insolutas durante la vigencia de la relación laboral disfrazada a través de la CTA TALENTUM, y por ello, fue insistente el apoderado en que se ordene el pago de las cesantías durante la *"permanencia a través de la CTA, esto es 2007 a 2014, que no fueron pagadas",* motivo por el cual el juzgador de segundo grado debe limitar su pronunciamiento a los argumentos expuestos por el apelante, de conformidad con el inciso primero del art. 328 del CGP.

Indemnización art. 99 Ley 50 de 1990

Cuestiona el actor, que una vez reconocidas las cesantías que corresponden al año 2007 hasta el 2014, se debe condenar a la respectiva indemnización por su no consignación al fondo de cesantías.

El art. 99 de la Ley 50 de 1990 establece que el empleador que no consigne las cesantías antes del 15 de febrero del año siguiente, deberá pagar a título de sanción un día de salario por cada día de retraso.

En relación con la indemnización en mención, la jurisprudencia reiterada y pacífica de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia bajo el radicado 32529 del 5 de marzo del 2009 ha explicado que, la misma no es una respuesta judicial automática

frente al hecho objetivo de que el empleador, al terminar el contrato de trabajo, no cancele o consigne las cesantías en la fecha debida, por ello, ha insistido en que el juez debe, en cada caso, de acuerdo con el material probatorio, establecer si se revela o evidencia la buena fe de aquel frente a tal conducta omisiva.

Criterio que coincide con lo planteado por la Corte Constitucional, entre otras, en la sentencia T-459 del 2017, en la que señaló que la jurisprudencia constitucional establece que es posible eximir al empleador del pago de la indemnización moratoria cuando se compruebe que éste actúo de buena fe al momento de la terminación del contrato, esto es, que tenía la conciencia de haber obrado legítimamente y con ánimo exento de fraude.

Precisado lo anterior, dentro del proceso no obra evidencia de que la demandada hubiese consignado las cesantías a favor del demandante en un fondo, por lo que de acuerdo con el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, es procedente tal indemnización, aunado a que ninguna razón justificativa de su actuar se esgrime, máxime cuando se disfrazó la relación laboral a través de una cooperativa de trabajo asociado en desmedro de sus derechos laborales; sin embargo, debe estudiarse la excepción de prescripción, ya que de entrada se advierte que el estudio de esta excepción difiere de lo que se determinó en líneas atrás frente a las cesantías.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1430-2021, menciona que:

> *"Sentado lo anterior, véase que la prescripción no corre de igual forma tratándose de las cesantías y de la sanción por la no consignación de estas, dado que la exigibilidad de cada una opera en momentos diferentes, siendo que el auxilio de cesantías se hace exigible al finalizar la relación laboral, mientras que respecto de la sanción moratoria del numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, el término extintivo se contabiliza a partir del vencimiento del plazo que tiene el empleador para la consignación de cada anualidad de la prestación, es decir, a partir del 15 de febrero del año siguiente al que corresponda el causado.*

Esta disposición (artículo 99 de la Ley 50 de 1990) establece que el empleador deberá consignar el valor liquidado por concepto de cesantías antes del 15 de febrero del año siguiente, en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantías que él elija, y expresa a continuación, que el empleador que incumpla esta obligación, deberá pagar un día de salario por cada día de retardo, por tanto, siendo que tampoco se advierte un proceder de buena fe por parte de la demandada al omitir la consignación de las cesantías, deberá condenarse al pago de esta sanción prevista en el artículo 99 de la ley 50 de 1990.

Sobre la liquidación de la sanción por falta de consignación del auxilio de cesantías, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral ha referido en sentencia de radicado 40272 de 2016, "*que la indemnización consagrada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 se causa desde el 15 de febrero de cada año hasta el 14 de febrero siguiente, cuando inicia la otra mora, y, en todo caso,* ***hasta cuando finaliza la relación laboral"***

Bajo ese horizonte, como quiera que la alzada está dirigida a obtener la sanción por no consignación de cesantías a un fondo, petición que el recurrente ató a la no consignación de la cesantías causadas durante los años 2007 a 2014, entiéndase como data concreta de este último año, el 13 de enero de 2014, fecha final de vinculación con la CTA, en tanto que, posteriormente fue vinculado mediante contrato de trabajo efectuándosele aportes al fondo de cesantías, y teniendo en cuenta que dicha obligación que no fue cumplida por el dador del laborío, sería procedente acceder a la

misma desde el 15 de febrero de 2008 hasta el 2 de junio de 2019, fecha del finiquito laboral, siguiendo los derroteros expuestos por nuestra la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, entre otras, en sentencia de radicado No 13467 del 11 de julio del 2000, que expresó al respecto:

> *"En ese orden de ideas, la falta de consignación de una anualidad, origina la mora hasta el momento en que ocurra la satisfacción de esa parte de la prestación, aun cuando las anualidades posteriores sean debidamente depositadas en el fondo".*

Sin embargo, como se propuso la excepción de prescripción, debe decirse que al haberse impetrado la demanda el 04 de octubre de 2019 (Fol. 321), se encuentra afectada por tal fenómeno la acción para reclamar la sanción por no consignación de las cesantías causada con anterioridad al 04 de octubre de 2016, por lo que, la condena se impartirá por el periodo comprendido entre el 04 de octubre de 2016 hasta la terminación del contrato de trabajo, esto es, 02 de junio de 2019, ello por cuanto tal concepto se va causando y haciendo exigible de manera diaria, por corresponder a una obligación insoluta de tracto sucesivo, y así se puede extraer de lo decantado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en la sentencia SL582-2021, en los siguientes términos:

> *"De acuerdo a lo anterior, encuentra la Sala que es procedente la sanción deprecada, la que no es acumulable sino sucesiva por causarse día a día hasta la expiración de la relación laboral, verificándose que corrieron algunos días para cada demandante que no estarían afectados del fenómeno prescriptivo, (…)*
>
> *Por lo anterior, se tiene que los días objeto de la sanción para cada uno de los demandantes, corresponden a los trascurridos entre la data en que operó la prescripción trienal hasta el último día de la vigencia de la relación laboral."*

As{i entonces, se condenará a la demandada SALUD TOTAL EPS S.A., por concepto de sanción por falta de consignación del auxilio de cesantía la suma **$71.404.562.**

SANCIÓN POR LA NO CONSIGNACIÓN - ARTICULO 99						
AÑO DE CESANTÍAS	**SALARIO**	**DESDE**	**HASTA**	**SALARIO DIARIO**	**TOTAL DÍAS**	**SUBTOTAL MORATORIA**
2014	$ 2.236.051	4/10/2016	2/06/2019	$ 74.535	958,00	$ 71.404.562
TOTAL SANCIÓN						**$ 71.404.562**

Se precisa que para aplicar la sanción sobre las cesantías causadas en el año 2014 se tuvo en cuenta el salario reportado a folio 235 que corresponde al salario de enero del año 2015. Sin que se pueda extender la indemnización más allá del 02 de junio de 2019, debido a que, a partir de esa data se generó la sanción moratoria del artículo 65 del CST, pues así lo ha estimado la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral entre otras sentencias la de radicado No 14379 del 27 de marzo del 2000, reiterada en la de radicado No 37766 del 6 de mayo de 2010, en los siguientes términos: *"Es importante advertir y reiterar que la sanción moratoria originada en la falta de consignación oportuna de la cesantía causada a 31 de diciembre, en los términos del artículo 99 de la ley 50 de 1990, cesa cuando empieza a pagarse la moratoria derivada del artículo 65 del C.S. T, pues aquella rige mientras está vigente el contrato y está a partir de cuándo fenece. Es que no puede decirse que si por no pagar la totalidad de la cesantía, por la cual se impone una indemnización (art. 65 C.S.T.), pueda seguir corriendo aquella que viene derivada de la falta de consignación de una parte de dicha cesantía. (art.99 Ley 50 de 1990)*".

Cumple acotar que se tuvo en cuenta para el cálculo de la referida indemnización, el salario devengado para la fecha en que la obligación se hizo exigible o dicho de otra manera el salario desde cuando se configura tal sanción o se constituye en mora el empleador, ya que así se desprende de lo establecido en el artículo 99 de la ley 50 de 1990, cuando establece que *"El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada retardo",* por lo que, al configurarse el retardo a partir del 15 de febrero de cada anualidad, el salario que se debe tener como referente es el vigente para la fecha de exigibilidad de la sanción, no el del año anterior con el que se liquidaron las cesantías, pues este condicionamiento no lo contiene la norma.

Al respecto de esta determinación puede tenerse como referente lo dispuesto por el Consejo de Estado, Sección Segunda, en sentencia No 08001233300020139018701 (47092014) del 01 de febrero de 2018, cuando dijo:

> *"Por lo tanto, el salario a tener en cuenta para liquidar la indemnización moratoria es el que devenga el empleado al momento de configurarse la mora, y cuando ocurren dos o más periodos de cesantía y mora sucesiva el salario para la liquidación cambia en el momento en que se genera un nuevo periodo de mora".*

Por último, vale la pena aclarar que respecto a las **cesantías** del 14 de enero de 2014 en adelante no se planteó inconformidad por la activa, entendiendo la Sala que al haberse vinculado a través de contrato de trabajo se le efectuaron los aportes al fondo de cesantías, y a pesar de que se generó una diferencia en las cesantías en el año 2016, la a quo absolvió de la indemnización de que trata el artículo 99 de la ley 50 de 1990, aspecto sobre la cual en el recurso de alzada el actor manifestó conformidad, pues en la parte final expresó estar "conforme respecto de las demás decisiones adoptadas".

Prescripción y demás acreencias laborales

Señaló la parte demandada recurrente que debe tenerse en cuenta la excepción de prescripción, ya que en su sentir se encuentran prescritas algunas acreencias a la cuales fue condenada.

Para resolver este problema jurídico debemos remitirnos al art. 488 y 489 del CST, los cuales establecen que las acciones laborales prescribirán en 3 años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible y señala que el simple reclamo escrito del trabajador recibido por el empleador **sobre un derecho o prestación debidamente determinado** interrumpirá la prescripción, pero sólo por un lapso igual.

En el sub lite no aparece que se haya elevado reclamación luego de finalizado el contrato de trabajo, lo cual aconteció el 02 de junio de 2019, y la demanda se presentó el 04 de octubre de 2019 (Fol. 321)**.** En ese sentido, se debe declarar probada la excepción de prescripción en relación con los intereses a las cesantías y prima de servicios **causados y exigibles** con anterioridad al **04 de octubre del 2016,** y no el 02 de junio de 2016 como lo determinó la a quo, por lo que razón le asiste a la parte recurrente.

En relación con las **cesantías**, como quiera que el término se cuenta desde la finalización del contrato por ser la fecha en que se hacen exigibles (Criterio expuesto por la CSJ, entre otras, en la sentencia SL 472-2020), se debe declarar no probada la excepción de prescripción, tal como también quedó definido en el acápite correspondiente.

Intereses a las cesantías

Todo empleador que esté obligado al pago de cesantías deberá pagar a sus trabajadores intereses sobre las mismas, lo cual se encuentra vigente desde la Ley 52 de 1975. Actualmente, se encuentran contenidos en el numeral 2 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, en el que se señala *"El empleador cancelará al trabajador los intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, en los términos de las normas vigentes sobre el régimen tradicional de cesantía, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente."*

Conforme a lo anterior, los trabajadores que tengan derecho al pago de cesantías tienen derecho a que se les pague un interés del 12% anual a más tardar el 31 de enero de cada año, sobre la suma que el trabajador cause por concepto de cesantías el año inmediatamente anterior. El valor de los intereses será el resultado de multiplicar la suma que el trabajador cause por concepto de cesantías el año inmediatamente anterior, por la tasa de interés del 12% anual y se divide por 360 días.

Una vez revisada la liquidación realizada por la a quo, se observa que los intereses a las cesantías se reconocieron por las diferencias encontradas en las cesantías causadas del 03 de junio del 2016 en adelante, es decir, los intereses cuya exigibilidad corresponde al 31 de enero de los años subsiguientes, y en el caso particular desde el 31 de enero de 2017, esto es, que no se encuentran afectados por la prescripción (04 de octubre de 2016), por lo que, sobre este concepto se impartirá confirmación.

Resumen Prestaciones Sociales

Año	Cesantías	(-) Cesantías Pagadas	Intereses sobre cesantías	(-) Intereses Cesantías Pagadas	Prima de servicios	(-) Primas Pagadas	Vacaciones	(-) Vacaciones Pagadas
2016	$ 2.079.203,00	$ 0,00	$ 144.158,00	$ 106.530,00	$ 2.079.203,00	$ 443.875,00	$ 1.017.158,00	$ 297.018,00
2017	$ 4.081.320,00	$ 0,00	$ 489.758,00	$ 462.189,00	$ 4.081.320,00	$ 3.843.471,00	$ 2.040.661,00	$ 1.458.927,00
2018	$ 4.384.950,00	$ 0,00	$ 526.194,00	$ 526.194,00	$ 4.384.950,00	$ 4.384.947,00	$ 2.192.474,00	$ 3.223.898,00
2019	$ 1.470.005,00	$ 0,00	$ 74.480,00	$ 0,00	$ 1.470.005,00		$ 735.001,00	
En liquidación		$ 1.491.720,00	-	$ 75.580,00	-	$ 1.485.503,00	-	$ 977.573,00
Totales	**$ 12.015.478,00**	**$ 1.491.720,00**	**$ 1.234.590,00**	**$ 1.170.493,00**	**$ 12.015.478,00**	**$ 10.157.796,00**	**$ 5.985.294,00**	**$ 5.957.416,00**

Prima de servicios

El empleador está obligado a pagar a su empleado la prima de servicios que corresponde a 30 días de salario por año, la cual deberá reconocerse en dos pagos, así: (i) 15 días de salario los cuales deberá pagar a más tardar el 30 de junio y (ii) los otros 15 días deberá cancelarlos los 20 primeros días de diciembre. Su reconocimiento se hará por todo el semestre trabajado o proporcionalmente al tiempo trabajado (Art. 306 CST). El salario base de liquidación es el promedio de lo devengado en el respectivo semestre o en el lapso trabajado.

Una vez revisada la liquidación realizada por la juez primigenia, se observa que la prima de servicios se reconoció por las diferencias encontradas desde el 03 de junio de 2016 en adelante, por lo que, se incluyó en la condena la prima de servicios causada de manera proporcional por el primer periodo de 2016 (03 al 30 de junio de 2016), y la del segundo semestre del año 2016, pagadera en el mes de diciembre de 2016, sin embargo, atendiendo la modificación que efectuó esta sala respecto de la fecha de prescripción de la acción para reclamar la aludida prestación (04 de octubre de 2016), debe excluirse de la condena la prima de servicios liquidada proporcionalmente por la juez de primer grado (03 al 30 de junio de 2016), restando al valor del año 2016 que se concretó en $2.079.203, la suma de $279.892.

Liquidación de Prestaciones Sociales Año		**2016**		
Periodo de liquidación	Desde	3/06/2016	Hasta	31/12/2016
Salario fijo mensual:	$ 810.050,00			
Auxilio transporte:	$ 77.700,00			
Factor Variable	$ 2.710.880,00			
Salario diario:	$ 119.954,00			
Dias trabajados:	208			
Cesantías	Salario Mensual * Dias Laborados / 360		$ 2.079.203,00	
Intereses sobre cesantías	Cesantías * Dias Trabajados * 12% / 360		$ 144.158,00	
Prima de servicios	Salario Mensual * Dias Laborados / 360		$ 2.079.203,00	
Vacaciones	Salario Basico * Dias Trabajados / 720		$ 1.017.158,00	

Resumen Prestaciones Sociales

Año	Cesantías	(-) Cesantías Pagadas	Intereses sobre cesantías	(-) Intereses Cesantías Pagadas	Prima de servicios	(-) Primas Pagadas	Vacaciones	(-) Vacaciones Pagadas
2016	$ 2.079.203,00	$ 0,00	$ 144.158,00	$ 106.530,00	$ 2.079.203,00	$ 443.875,00	$ 1.017.158,00	$ 297.018,00
2017	$ 4.081.320,00	$ 0,00	$ 489.758,00	$ 462.189,00	$ 4.081.320,00	$ 3.843.471,00	$ 2.040.661,00	$ 1.458.927,00
2018	$ 4.384.950,00	$ 0,00	$ 526.194,00	$ 526.194,00	$ 4.384.950,00	$ 4.384.947,00	$ 2.192.474,00	$ 3.223.898,00
2019	$ 1.470.005,00	$ 0,00	$ 74.480,00	$ 0,00	$ 1.470.005,00		$ 735.001,00	
En liquidación		$ 1.491.720,00	-	$ 75.580,00	-	$ 1.485.503,00	-	$ 977.573,00
Totales	**$ 12.015.478,00**	**$ 1.491.720,00**	**$ 1.234.590,00**	**$ 1.170.493,00**	**$ 12.015.478,00**	**$ 10.157.796,00**	**$ 5.985.294,00**	**$ 5.957.416,00**

No sobra precisar que en lo que respecta a la liquidación de la prima de servicios del primer semestre del 2016, en estricto sentido también cometió un dislate la a quo, ya que procedió a liquidarla desde el 03 al 30 de junio, cuando lo correcto era haber liquidado tal prestación de manera completa, esto es, por todo el semestre comprendido el 01 de enero al 30 de junio de 2016, pues la fecha de exigibilidad no resultaba afectada con la prescripción declarada, que en su sentir tuvo ocurrencia desde el 3 de junio de 2016.

Se alude a lo anterior para efectos meramente ilustrativos frente a la liquidación de prestaciones que, como la prima de servicios se hacen exigibles de manera sucesiva, pues en este caso la errónea liquidación de primer semestre de 2016 no incide en la decisión adoptada, ello debido a la modificación que efectuó la sala en relación con la fecha en que opera la prescripción.

Vacaciones

Todo empleador está obligado a conceder a sus trabajadores por cada año de servicios, quince (15) días hábiles consecutivos de vacaciones remuneradas. La época de las vacaciones debe ser señalada por el empleador a más tardar dentro del año siguiente a aquel en que se causaron, y deben ser concedidas oficiosamente o a petición del trabajador sin perjudicar el servicio y la efectividad del descanso (Art. 186 y s.s. CST).

Los trabajadores que cesen en sus funciones o hayan terminado sus contratos de trabajo, sin que hubieren causado las vacaciones por año cumplido, tendrán derecho a que estas se le reconozcan y compensen en dinero proporcionalmente por el tiempo efectivamente trabajado. De conformidad con el art. 189 del CST para la compensación en dinero de las vacaciones se tomará como base el último salario devengado por el trabajador. Siendo necesario aducir que para el cálculo de esta acreencia no se tendrá en cuenta el auxilio de transporte.

En cuanto a al término de prescripción, en tratándose de las vacaciones la exigibilidad *"inicia al finalizar la anualidad siguiente a la causación del derecho"* (art. 187 CST y sentencia CSJ SL 467-2019).

En el presente asunto, se advierte que la parte actora interrumpió la prescripción con la presentación de la demanda, que lo fue al 04 de octubre del 2019, esto significa que

las obligaciones exigibles antes del 04 de octubre de 2016 están prescritas, de conformidad con el artículo 151 del CPTSS y artículo 488 del CST, conforme el siguiente cuadro:

DESDE	HASTA	PERIODO DE GRACIA	EXIGIBILIDAD-DESDE	EXIGIBILIDAD-HASTA	PRESENTACION DE LA DEMANDA	PRESCRIPCIÓN	
3/03/2007	2/03/2008	3/03/2008-02/03/2009	3/03/2009	3/03/2012	4/10/2019	4/10/2016	PRESCRITO
3/03/2008	2/03/2009	3/03/2009-02/03/2010	3/03/2010	3/03/2013	4/10/2019	4/10/2016	PRESCRITO
3/03/2009	2/03/2010	3/03/2010-02/03/2011	3/03/2011	3/03/2014	4/10/2019	4/10/2016	PRESCRITO
3/03/2010	2/03/2011	3/03/2011-02/03/2012	3/03/2012	3/03/2015	4/10/2019	4/10/2016	PRESCRITO
3/03/2011	2/03/2012	3/03/2012-02/03/2013	3/03/2013	3/03/2016	4/10/2019	4/10/2016	PRESCRITO
3/03/2012	2/03/2013	3/03/2013-02/03/2014	3/03/2014	3/03/2017	4/10/2019	4/10/2016	NO PRESCRITO
3/03/2013	2/03/2014	3/03/2014-02/03/2015	3/03/2015	3/03/2018	4/10/2019	4/10/2016	NO PRESCRITO
3/03/2014	2/03/2015	3/03/2015-02/03/2016	3/03/2016	3/03/2019	4/10/2019	4/10/2016	NO PRESCRITO
3/03/2015	2/03/2016	3/03/2016-02/03/2017	3/03/2017	3/03/2020	4/10/2019	4/10/2016	NO PRESCRITO
3/03/2016	2/03/2017	3/03/2017-02/03/2018	3/03/2018	3/03/2021	4/10/2019	4/10/2016	NO PRESCRITO

Ahora, teniendo en cuenta la liquidación realizada por la a quo, se observa que se encontró diferencias en las vacaciones reconocidas a partir del 03 de junio de 2016 en adelante, por lo que comete otro yerro en la liquidación, dado que debía establecer que periodos de vacaciones estaban afectos por la prescripción dependiendo de la exigibilidad, sin que procediera de conformidad, por el contrario, determina el 03 de junio de 2016 como fecha de la prescripción y empieza de allí en adelante a buscar la diferencia entre lo reconocido por ese concepto en los desprendibles de pago y lo que debió habérsele pagado realmente, liquidación que se insiste es equivocada, pero como quiera que la parte recurrente es la demandada, no habría lugar a impartir modificación en su perjuicio, pues en estricto sentido, debieron también reconocerse y condenarse por concepto de vacaciones los periodos causados desde el 03 de marzo de 2012, lo que generaría una condena superior a la que se fulminó por la a quo. En ese orden, se mantendrá la condena de primera instancia.

Resumen Prestaciones Sociales

Año	Cesantías	(-) Cesantías Pagadas	Intereses sobre cesantías	(-) Intereses Cesantías Pagadas	Prima de servicios	(-) Primas Pagadas	Vacaciones	(-) Vacaciones Pagadas
2016	$ 2.079.203,00	$ 0,00	$ 144.158,00	$ 106.530,00	$ 2.079.203,00	$ 443.875,00	$ 1.017.158,00	$ 297.018,00
2017	$ 4.081.320,00	$ 0,00	$ 489.758,00	$ 462.189,00	$ 4.081.320,00	$ 3.843.471,00	$ 2.040.661,00	$ 1.458.927,00
2018	$ 4.384.950,00	$ 0,00	$ 526.194,00	$ 526.194,00	$ 4.384.950,00	$ 4.384.947,00	$ 2.192.474,00	$ 3.223.898,00
2019	$ 1.470.005,00	$ 0,00	$ 74.480,00	$ 0,00	$ 1.470.005,00		$ 735.001,00	
En liquidación		$ 1.491.720,00	-	$ 75.580,00	-	$ 1.485.503,00	-	$ 977.573,00
Totales	**$ 12.015.478,00**	**$ 1.491.720,00**	**$ 1.234.590,00**	**$ 1.170.493,00**	**$ 12.015.478,00**	**$ 10.157.796,00**	**$ 5.985.294,00**	**$ 5.957.416,00**

Indemnización moratoria

Respecto a esta pretensión cumple recordar que conforme al artículo 65 del CST, si a la terminación del contrato, el empleador no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidas, salvo los casos de retención autorizados por la ley o convenidos por las partes, debe pagar al asalariado, una indemnización moratoria.

En relación con la indemnización en mención, la jurisprudencia reiterada y pacífica de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia bajo el radicado 32529 del 5 de marzo del 2009 ha explicado que, las mismas no son una respuesta judicial automática frente al hecho objetivo de que el empleador, al terminar el contrato de trabajo, no cancele al trabajador la totalidad de salarios y prestaciones sociales adeudados o no consigne las cesantías en la fecha debida, por ello, ha insistido en que el juez debe, en cada caso, de acuerdo con el material probatorio, establecer si se revela o evidencia la buena fe de aquel frente a tal conducta omisiva.

Criterio que coincide con lo planteado por la Corte Constitucional, entre otras, en la sentencia T-459 del 2017, en la que señaló que la jurisprudencia constitucional establece que es posible eximir al empleador del pago de la indemnización moratoria cuando se compruebe que éste actúo de buena fe al momento de la terminación del contrato, esto es, que tenía la conciencia de haber obrado legítimamente y con ánimo exento de fraude.

Descendiendo al caso objeto de estudio, se advierte que la entidad SALUD TOTAL EPS S.A. actuó de manera irregular al disfrazar una verdadera relación laboral a través de una CTA, máxime cuando se logró determinar que la función desarrollada por el accionante constituye una actividad misional de la entidad de seguridad social, por lo que, ni siquiera era procedente en el caso concreto, tercerizar la labor del demandante con GOLD RH SAS, pues tal vínculo solo lo fue en el plano formal, ya que en el plano material, la función del actor se desarrolló en las instalaciones de SALUD TOTAL EPS, con las herramientas y demás elementos requeridos de propiedad de SALUD TOTAL EPS.

Igualmente, no existe ninguna razón para entender que el actuar de la demandada estuvo revestido de buena fe, no siendo suficiente argüir que en el contrato de trabajo se pactó que los "auxilios de transporte y equipos de trabajo" no constituye salario, ya que lo que se evidencia es que se disfrazó en tal concepto las comisiones por afiliación, las cuales a todas luces constituye salario, y así lo ha decantado la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1430-2021, en la que en un caso de similares contornos expreso:

> *"En efecto, quedó acreditado que la entidad realizó operaciones de «tercerización» con Talentum y, con ello, pretendió evadir la aplicación de la ley laboral; por lo que, no solo atentó contra el derecho de la trabajadora a la estabilidad en el empleo y a su dignidad, sino que la privó de la posibilidad de acceder a los derechos, garantías y beneficios que ofrecen los sistemas de protección social, a lo que se añade que disfrazó los pagos y demás elementos del contrato".*

En consecuencia, sobre este aspecto entera razón le asiste a la cognoscente de instancia, debiéndose impartir confirmación, pues su manera de liquidación no fue confutada, ya que la apelación solo se limitó a esgrimir la absolución de tal sanción por estar arropada su actuación a la buena fe.

Solidaridad

Al respecto, considera la Sala importante acudir a lo señalado por la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, entre otras, en sentencia SL13686 del 2017, acerca de lo estipulado en el artículo 34 del CST, esto es, la responsabilidad solidaria existente entre el beneficiario de la obra y el contratista independiente. En esa medida, ha señalado la Corte que dicha disposición, tiene como finalidad garantizar y proteger a los trabajadores respecto al reconocimiento y pago de las acreencias laborales a que

tienen derecho y que resultan de la contratación que efectúe el beneficiario del servicio o el dueño de la obra con un contratista independiente a fin de ejecutar o prestar una obra o servicio.

Emerge de lo anterior sin duda que la solidaridad que atribuye el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo al beneficiario del trabajo o dueño de la obra, como fuente de responsabilidad laboral, excluye al contratante cuando las labores del trabajador resultan extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio, por manera, que la citada disposición exige para que se reclame la responsabilidad solidaria en favor del trabajador se demuestre lo siguiente:

1. El contrato de obra entre contratante o beneficiario o dueño de la obra y contratista independiente.

2. El contrato de trabajo entre contratista independiente y trabajador.

3. El nexo de causalidad entre los dos contratos.

En otras palabras, se debe acreditar (i) la existencia de contrato de naturaleza no laboral entre el contratista y el beneficiario de la obra o prestación del servicio; (ii) que la obra y/o el servicio contratado guarden relación con actividades normales de la empresa o negocio del beneficiario de la obra o servicio; es decir, que la labor del contratista no sea extraña y ajena a la ejecutada normalmente por el contratante[1]. (iii) Que exista contrato de trabajo entre el contratista y el demandante. (iv) Que el contratista o el subcontratista no cancelen las obligaciones de carácter laboral que tiene respecto de sus trabajadores.

Bajo este derrotero, en lo que respecta **al primer presupuesto** se encuentra acreditado, al haberse suscrito un contrato de mandato (Fols. 62 a 73 Cd folio. 330), celebrado entre SALUD TOTAL EPS S.A. con GOLD RH SAS, cuyo objeto se circunscribe a "promocionar las afiliaciones al Sistema General de Seguridad Social en Salud"*.*

En lo relacionado con el **segundo presupuesto,** precedentemente se dejó sentado que entre SALUD TOTAL EPS y el señor HAIDER ANDERSON LEÓN JIMÉNEZ se celebró un contrato de trabajo para que éste último ejerciera como "Asesor profesional", prestando sus servicios y ejerciendo sus funciones en favor de SALUD TOTAL EPS S.A., en cumplimiento del objeto contractual celebrado entre SALUD TOTAL EPS S.A. y GOLD RH SAS (Fols. 210 a 217).

En cuanto al **tercer presupuesto**, se hace necesario en primera medida remitirnos a los objetos sociales de cada una de las entidades en cuestión, de los que se extrae que GOLD RH SAS, "*(…) 13) Realizar actividades de promoción y afiliación al sistema general de seguridad social en salud a nivel nacional",* según certificado de existencia y representación legal, visto a folios 307 a 309.

Por su parte, la sociedad SALUD TOTAL EPS S.A., tiene como objeto social, *"(…) B) Promover la afiliación de los habitantes de Colombia al sistema general de seguridad social en salud en su ámbito geográfico de influencia, garantizando siempre la libre escogencia del usuario"*, conforme se observa a folio 310 y 320, es decir, que conforme a lo establecido en la Ley 100 de 1993, particularmente en el artículo 177, su función

[1]CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Laboral. Sentencia del 17-04-2012. Radicación 38255. M.P. Jorge Mario Burgos Ruíz y del 06-03-2013. Radicación 39050. M.P. Carlos Ernesto Molina Monsalve.

fundamental es la de organizar y garantizar de manera directa o indirecta, la prestación del plan de salud obligatorio a los afiliados.

Como se puede observar existe un punto de convergencia entre las sociedades mencionadas y es aquel relacionado con la promoción de la afiliación al sistema general de seguridad social en salud, que por disposición legal le corresponde a la EPS, pero que en virtud de lo establecido en el Decreto 1485 de 1994, se puede tercerizar; sin embargo, como GOLD RH SAS, no lo hizo bajo su "exclusiva e indelegable responsabilidad directa", y su objeto social tienen un mismo fin, emerge sin dubitación el último elemento de la solidaridad que reclama el artículo 34 del CST.

Igualmente, basta con traer a colación lo establecido en el artículo 17 del Decreto 4588 de 2006, que establece:

> *"Cuando se configuren prácticas de intermediación laboral o actividades propias de las empresas de servicios temporales,* ***el tercero contratante,*** *la Cooperativa y Precooperativa de Trabajo Asociado y sus directivos,* ***serán solidariamente responsables por las obligaciones económicas que se causen a favor del trabajador asociado****.*

En ese orden de ideas, es claro que el sentenciador de primer grado no se equivocó al colegir que GOLD RH SAS debe responder solidariamente por las condenas impuestas a favor del actor, que corresponden a las causadas y generadas con posterioridad al 13 de enero de 2014, incluido lo respectivo a las diferencias en aportes pensionales, dado que como se dijo en precedencia, los mismos son imprescriptibles.

Colofón de lo dicho, habrá de impartirse modificación en lo relativo al concepto de cesantías e indemnización por falta de consignación de las cesantías a un fondo a cargo solo de SALUD TOTAL EPS, confirmando en lo demás la decisión de instancia, conforme lo atrás dicho.

COSTAS

Costas a cargo de GOLD RH SAS y SALUD TOTAL EPS S.A. por no prosperar el recurso de apelación, sin costas a cargo del demandante por haberle prosperado el recurso. Las de primera se confirman, pues a pesar de que se establece que la condena en costas es solidaria, lo cierto es que, fijó a cargo de cada una la suma de $1.000.000, es decir, ha de entenderse que a cada parte le efectuó condena en costas como parte vencida en el proceso, por lo que está acorde a lo establecido en el artículo 365 del CGP.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR y ADICIONAR el numeral **SEGUNDO** de la sentencia proferida el 31 de enero del 2022, por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá, quedando de la siguiente manera:

> ***"SEGUNDO: (…)***
>
> ***C) $1.577.790****, por concepto de prima de servicios.*

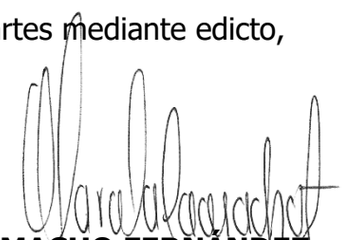
***f) $4.655.517,38**, por concepto de cesantías del periodo que corresponde desde el 03 de marzo de 2017 hasta el 13 de enero de 2014, a cargo solo de SALUD TOTAL EPS S.A.*

***g) $71.404.562** como sanción por no consignación de cesantías, a cargo solo de SALUD TOTAL EPS S.A.".*

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia materia de apelación.

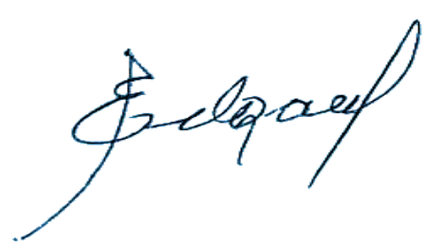
TERCERO: CONDENAR en costas en favor de la parte demandante y a cargo de **SALUD TOTAL EPS S.A. y GOLD RH SAS.** Las de primera se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

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

AUTO PONENTE

Costas a cargo de **SALUD TOTAL EPS S.A. y GOLD RH SAS**, fijándose como agencias en derecho en favor de **HAIDER ANDERSON LEÓN JIMÉNEZ** en la suma de un SMLMV, correspondiente a $1.000.000, a cargo de cada entidad.

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

AÑO	MES	SALARIO RECIBIDO	AUXILIO DE TRANS	TOTAL (SALARIO + AUX TRANS)	DIAS		
2007	MARZO	$ 376.000,00	$ 47.413,33	$ 423.413,33	28		
	ABRIL	$ 434.000,00	$ 50.800,00	$ 484.800,00	30		
	MAYO	$ 434.000,00	$ 50.800,00	$ 484.800,00	30		
	JUNIO	$ 434.000,00	$ 50.800,00	$ 484.800,00	30		
	JULIO	$ 434.000,00	$ 50.800,00	$ 484.800,00	30		
	AGOSTO	$ 434.000,00	$ 50.800,00	$ 484.800,00	30		
	SEPTIEMBRE	$ 434.000,00	$ 50.800,00	$ 484.800,00	30		
	OCTUBRE	$ 434.000,00	$ 50.800,00	$ 484.800,00	30		
	NOVIEMBRE	$ 434.000,00	$ 50.800,00	$ 484.800,00	30		
	DICIEMBRE	$ 463.000,00	$ 50.800,00	$ 513.800,00	30		
2008	ENERO	$ 461.500,00	$ 55.000,00	$ 516.500,00	30		
	FEBRERO	$ 461.500,00	$ 55.000,00	$ 516.500,00	30		
	MARZO	$ 461.500,00	$ 55.000,00	$ 516.500,00	30		
	ABRIL	$ 461.500,00	$ 55.000,00	$ 516.500,00	30		
	MAYO	$ 461.500,00	$ 55.000,00	$ 516.500,00	30		
	JUNIO	$ 461.500,00	$ 55.000,00	$ 516.500,00	30		
	JULIO	$ 531.000,00	$ 55.000,00	$ 586.000,00	30		
	AGOSTO	$ 531.000,00	$ 55.000,00	$ 586.000,00	30		
	SEPTIEMBRE	$ 531.000,00	$ 55.000,00	$ 586.000,00	30		
	OCTUBRE	$ 531.000,00	$ 55.000,00	$ 586.000,00	30		
	NOVIEMBRE	$ 531.000,00	$ 55.000,00	$ 586.000,00	30		
	DICIEMBRE	$ 638.000,00	$ 55.000,00	$ 693.000,00	30		
2009	ENERO	$ 497.000,00	$ 59.300,00	$ 556.300,00	30		
	FEBRERO	$ 560.000,00	$ 59.300,00	$ 619.300,00	30		
	MARZO	$ 560.000,00	$ 59.300,00	$ 619.300,00	30		
	ABRIL	$ 559.000,00	$ 59.300,00	$ 618.300,00	30		
	MAYO	$ 560.000,00	$ 59.300,00	$ 619.300,00	30		
	JUNIO	$ 646.000,00	$ 59.300,00	$ 705.300,00	30		
	JULIO	$ 646.000,00	$ 59.300,00	$ 705.300,00	30		
	AGOSTO	$ 646.000,00	$ 59.300,00	$ 705.300,00	30		
	SEPTIEMBRE	$ 646.000,00	$ 59.300,00	$ 705.300,00	30		
	OCTUBRE	$ 646.000,00	$ 59.300,00	$ 705.300,00	30		
	NOVIEMBRE	$ 646.000,00	$ 59.300,00	$ 705.300,00	30		
	DICIEMBRE	$ 621.000,00	$ 59.300,00	$ 680.300,00	30		
2010	ENERO	$ 538.000,00	$ 61.500,00	$ 599.500,00	30		
	FEBRERO	$ 646.000,00	$ 61.500,00	$ 707.500,00	30		
	MARZO	$ 646.000,00	$ 61.500,00	$ 707.500,00	30		
	ABRIL	$ 646.000,00	$ 61.500,00	$ 707.500,00	30		
	MAYO	$ 646.000,00	$ 61.500,00	$ 707.500,00	30		
	JUNIO	$ 646.000,00	$ 61.500,00	$ 707.500,00	30		
	JULIO	$ 646.000,00	$ 61.500,00	$ 707.500,00	30		
	AGOSTO	$ 646.000,00	$ 61.500,00	$ 707.500,00	30		

	SEPTIEMBRE	$ 694.000,00	$ 61.500,00	$ 755.500,00	30		
	OCTUBRE	$ 670.000,00	$ 61.500,00	$ 731.500,00	30		
	NOVIEMBRE	$ 670.000,00	$ 61.500,00	$ 731.500,00	30		
	DICIEMBRE	$ 657.000,00	$ 61.500,00	$ 718.500,00	30		
2011	ENERO	$ 660.000,00	$ 63.600,00	$ 723.600,00	30		
	FEBRERO	$ 670.000,00	$ 63.600,00	$ 733.600,00	30		
	MARZO	$ 670.000,00	$ 63.600,00	$ 733.600,00	30		
	ABRIL	$ 670.000,00	$ 63.600,00	$ 733.600,00	30		
	MAYO	$ 670.000,00	$ 63.600,00	$ 733.600,00	30		
	JUNIO	$ 750.000,00	$ 63.600,00	$ 813.600,00	30		
	JULIO	$ 697.000,00	$ 63.600,00	$ 760.600,00	30		
	AGOSTO	$ 697.000,00	$ 63.600,00	$ 760.600,00	30		
	SEPTIEMBRE	$ 697.000,00	$ 63.600,00	$ 760.600,00	30		
	OCTUBRE	$ 697.000,00	$ 63.600,00	$ 760.600,00	30		
	NOVIEMBRE	$ 697.000,00	$ 63.600,00	$ 760.600,00	30		
	DICIEMBRE	$ 691.000,00	$ 63.600,00	$ 754.600,00	30		
2012	ENERO	$ 567.000,00	$ 67.800,00	$ 634.800,00	30		
	FEBRERO	$ 697.000,00	$ 67.800,00	$ 764.800,00	30		
	MARZO	$ 697.000,00	$ 67.800,00	$ 764.800,00	30		
	ABRIL	$ 697.000,00	$ 67.800,00	$ 764.800,00	30		
	MAYO	$ 739.000,00	$ 67.800,00	$ 806.800,00	30		
	JUNIO	$ 718.000,00	$ 67.800,00	$ 785.800,00	30		
	JULIO	$ 718.000,00	$ 67.800,00	$ 785.800,00	30		
	AGOSTO	$ 718.000,00	$ 67.800,00	$ 785.800,00	30		
	SEPTIEMBRE	$ 718.000,00	$ 67.800,00	$ 785.800,00	30		
	OCTUBRE	$ 718.000,00	$ 67.800,00	$ 785.800,00	30		
	NOVIEMBRE	$ 718.000,00	$ 67.800,00	$ 785.800,00	30		
	DICIEMBRE	$ 714.000,00	$ 67.800,00	$ 781.800,00	30		
2013	ENERO	$ 598.000,00	$ 70.500,00	$ 668.500,00	30		
	FEBRERO	$ 718.000,00	$ 70.500,00	$ 788.500,00	30		
	MARZO	$ 718.000,00	$ 70.500,00	$ 788.500,00	30		
	ABRIL	$ 718.000,00	$ 70.500,00	$ 788.500,00	30		
	MAYO	$ 767.000,00	$ 70.500,00	$ 837.500,00	30		
	JUNIO	$ 734.000,00	$ 70.500,00	$ 804.500,00	30		
	JULIO	$ 734.000,00	$ 70.500,00	$ 804.500,00	30		
	AGOSTO	$ 734.000,00	$ 70.500,00	$ 804.500,00	30		
	SEPTIEMBRE	$ 734.000,00	$ 70.500,00	$ 804.500,00	30		
	OCTUBRE	$ 734.000,00	$ 70.500,00	$ 804.500,00	30		
	NOVIEMBRE	$ 734.000,00	$ 70.500,00	$ 804.500,00	30		
	DICIEMBRE	$ 732.000,00	$ 70.500,00	$ 802.500,00	30		
2014	ENERO	$ 273.866,00	$ 31.200,00	$ 305.066,00	13		

DESDE	HASTA	SALARIO RECIBIDO	AUXILIO DE TRANS	TOTAL (SALARIO + AUX TRANS)	DIAS		CESANTIAS
3/03/2007	31/12/2007	$ 4.311.000,00	$ 504.613,33	$ 484.793,29	298	24,83333333	$ 401.301,11
1/01/2008	31/12/2008	$ 6.062.000,00	$ 660.000,00	$ 560.166,67	360	30	$ 560.166,67
1/01/2009	31/12/2009	$ 7.233.000,00	$ 711.600,00	$ 662.050,00	360	30	$ 662.050,00
1/01/2010	31/12/2010	$ 7.751.000,00	$ 738.000,00	$ 707.416,67	360	30	$ 707.416,67
1/01/2011	31/12/2011	$ 8.266.000,00	$ 763.200,00	$ 752.433,33	360	30	$ 752.433,33
1/01/2012	31/12/2012	$ 8.419.000,00	$ 813.600,00	$ 769.383,33	360	30	$ 769.383,33
1/01/2013	31/12/2013	$ 8.655.000,00	$ 846.000,00	$ 791.750,00	360	30	$ 791.750,00
1/01/2014	13/01/2014	$ 273.866,00	$ 31.200,00	$ 305.066,00	13	1,083333333	$ 11.016,27
						TOTAL	**$ 4.655.517,38**

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso:	ORDINARIO LABORAL
Demandante:	ADRIANA ANDRADE HERNÁNDEZ
Demandados:	COLPENSIONES Y AFP PROTECCIÓN S.A.
Radicación:	11001310500320210028400
Tema:	INEFICACIA DE TRASLADO – ADICIONA Y 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 al Dr. JAIME ANDRÉS ZULUAGA CASTAÑO, identificado en legal forma, como apoderado sustituto de COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido.

SENTENCIA
ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Adriana Andrade Hernández, instauró demanda ordinaria contra Colpensiones y la AFP Protección S.A. con el fin de que se declare la ineficacia de la afiliación al RAIS y, en consecuencia, se ordene a PROTECCIÓN S.A. a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de lo ahorrado en su cuenta de ahorro individual, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus rendimientos, así como los gastos de administración debidamente indexados; que Colpensiones reciba a la demandante junto con la totalidad de lo ahorrado y actualice la historia laboral, lo que resulte probado ultra y extra petita y costas del proceso.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que estuvo afiliada al régimen de prima media con prestación definida desde junio de 1987 hasta junio de 2003, fecha en la cual se trasladó a PROTECCIÓN S.A.; que la AFP PROTECCIÓN S.A. no le brindó 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, dejando de lado el deber de información que tiene la AFP; que el 03 de junio de 2021 elevó reclamación administrativa ante COLPENSIONES, pero a la fecha de presentación de la demanda no ha sido resuelta (Expediente electrónico, PDF Acta De Reparto-001 ORD. 3 a 14)

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 Numero-011 Paginas 1y 2)

3. Contestación de la demanda

3.1. Colpensiones. En su respuesta se opuso a todas las pretensiones de la demanda por carecer de sustento fáctico y legal, aduciendo que no obra prueba alguna de que a la actora se le hubiese hecho incurrido en error o que se haya omitido el deber de

información; que no se evidencia vicio del consentimiento, error, fuerza o dolo, ni inconformidad por parte de la actora; que su vinculación al RAIS se hizo de manera libre y voluntaria; que la parte actora tiene el deber de consultar su situación pensional en cada régimen, debido a su posición como consumidora financiera. En su defensa propuso las excepciones de fondo las que denominó la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de régimen; responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social; juicio de proporcionalidad y ponderación; el error de derecho no vicia el consentimiento; inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política); buena fe de Colpensiones; falta de causa para pedir; presunción de legalidad de los actos jurídicos; inexistencia del derecho reclamado; prescripción y la innominada o genérica (Expediente electrónico, PDF Numero-004 fl 2 a 25)

3.2. AFP Porvenir S.A. En respuesta de la demanda se opuso a la totalidad de las pretensiones, aduciendo que la AFP Protección S.A realizo de manera correcta y con lo previsto en la ley el traslado de régimen pensional de la demandante, por cuanto brindó información pertinente y necesaria, suscribiendo el formulario de afiliación de forma libre, espontánea y completamente informada; que el acto jurídico de traslado cumplió con todos los requisitos de existencia y validez; que las expectativas económicas de la pensión de vejez no dan lugar a declarar la ineficacia del traslado; que la actora se encuentra en la prohibición legal del traslado de régimen; que los gastos de administración se descontaron por disposición legal; que los descuentos para el fondo de garantía de pensión mínima son utilizados a favor de terceros; que la AFP ha sido diligente y ha generado rendimiento en la CAI. Propuso como excepciones de fondo las que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, 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 y la innominada o genérica (Expediente electrónico, PDF Número -007 fl. 2-29)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 5 de julio de 2022, en la que el fallador de primera instancia declaró la ineficacia del traslado de la demandante ADRIANA ANDRADE HERNÁNDEZ del régimen de prima media con prestación definida, administrado por el otrora ISS, hoy COLPENSIONES, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado para ese entonces por la AFP SANTANDER, hoy PROTECCIÓN S. A., realizado el 5 de mayo de 2003; condenó a PROTECCIÓN S.A. a trasladar a COLPENSIONES, todos los valores que recibió con motivo de la afiliación como cotizaciones, con todos los rendimientos financieros e intereses causados, sin descuentos alguno, debidamente indexados; ordenó a COLPENSIONES a que active la afiliación sin solución de continuidad y actualice la historia laboral, y finalmente condenó en costas a las demandadas.

La decisión del Juez tuvo sustento jurídico en el referente jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencias SL 31989 de 2008, SL54814 de 2008 y SL1688 de 2019. Precisó que desde la conformación de las AFP existe el deber de información que permita suministrar a los afiliados la información clara y suficiente para efectuar el traslado del régimen pensional, esto evidenciado en distintas normatividades que se encontraban vigentes a la fecha de la afiliación -2003-.

Indicó que la carga de la prueba se encuentra en cabeza de la AFP para demostrar el cumplimiento de este deber de información que es claramente resaltado en la jurisprudencia nacional, así como también la insuficiencia de la presentación del formulario de afiliación que dé fe sobre la información suministrada a la afiliada. Respecto de la convalidación entre traslados horizontales, el a quo fue enfático en establecer que

este fenómeno no se da con el traslado entre entidades del mismo régimen, sino que quedan sin efecto todos los traslados posteriores del primero si de este se predica la ineficacia.

Finalmente, en lo que tiene que ver con las consecuencias de la ineficacia, reiteró lo adoctrinado por la Corte Suprema de Justicia, la cual sostiene que los efectos de esta declaratoria son la devolución de todos los conceptos referentes a la afiliación incluyendo las cotizaciones y los rendimientos causados.

5. Impugnación y límites del ad quem. En oportunidad procesal pertinente **Colpensiones** interpuso recurso de apelación señalando su inconformidad frente a la condena en costas, dado que la negativa de recibir a la demandante al régimen de prima media con prestación definida es de carácter legal, reafirmando que su vinculación al RAIS fue de modo espontáneo y libre y si tener restringido su consentimiento; que su desvinculación al ISS, hoy Colpensiones fue hecho de manera autónoma y que su permanencia de más de 20 años en el RAIS acredita su ratificación de permanecer en el RAIS; que no hizo uso del derecho de retracto dentro de los 4 años posteriores a través de la acción rescisoria según el Código Civil y por ende no se acredita los elementos necesarios para generar la ineficacia del traslado.

6. Alegatos de conclusión.

6.1 Colpensiones: Solicita que se revoque la decisión de instancia, dado que la afiliación de la actora al RAIS fue de manera libre y voluntaria, sin que adolezca algún tipo de vicio en el consentimiento.

6.2 Demandante: Peticiona que se confirme la sentencia de primer grado, en la medida en que no se acreditó la información exigida por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral.

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 la recurrente, 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 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) ¿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 de la 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 la señora ADRIANA ANDRADE HERNÁNDEZ se afilió al otrora ISS, hoy Colpensiones desde el 12 de junio de 1987 hasta el 30 de junio de 2002, conforme aparece en la historia expedido por Colpensiones (Fols. 248 a 250 Archivo No 06); que se trasladó a la AFP Santander, hoy Protección S.A. el 5 de mayo del 2003, según formulario de afiliación (Fol. 97 archivo No 06), entidad donde se encuentra actualmente, según su historia laboral de cotizaciones. (Expediente electrónico, PDF numero 006 fl. 247-251 y 99 a 117)

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, debe recodarse 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:

Etapa acumulativa	**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 Santander hoy Protección S.A., esto es, 5 de mayo del 2003, 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)

La información en los términos anotados no fue brindada por parte de la AFP codemandada, pues no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir que para el momento del traslado se le dio explicación a la actora acerca de las diferentes modalidades de pensión, su cálculo, las pérdidas o ganancias en lo que al rendimiento podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, el porcentaje que se destina para gastos de administración y seguros previsionales, los casos en que procede la devolución de aportes, las variables que podía tener la prestación con el paso del tiempo y demás aspectos a los que se hizo mención, los cuales se han dejado sentados por nuestra CSJ en una sólida línea jurisprudencial frente al tema.

En este punto, debe dejarse claro la Corte en reciente pronunciamiento vertido en sentencia SL 3685 de 2020, señaló que el diligenciamiento del formulario de vinculación a una Administradora del Sistema de Seguridad Social en Pensiones produce el efecto de la afiliación, con independencia de las cotizaciones a ésta sufragadas, de manera que

dichos aportes no constituyen un requisito de validez del acto jurídico. Además, indicó la Corte al reiterar la sentencia bajo el radicado SL 413-2018, que *"(…) las cotizaciones no son un requisito de validez del acto jurídico de su afiliación, aunque sí puede llegar a ser clara señal del compromiso de un trabajador de pertenecer a un régimen pensional en casos dudosos (…)"*.

Por tanto, la AFP demandada estaba en la obligación de proporcionar a la demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarla como potencial afiliada, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarla de tomar una opción que claramente le perjudica, de manera que se equivoca la postura de Colpensiones 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, pues es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que se le debió garantizar a la actora 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 circunstancias pues esto no releva a la entidad de su obligación legal, y por esa vía se despacha negativamente la alzada en este aspecto.

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

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

7. 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 que 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-).

8. Consecuencias que conlleva la ineficacia del traslado- devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos. Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adoctrinado, entre otras, en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros.** Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del **porcentaje destinado a seguros previsionales** y a **constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima** (CSJ SL 2208-2021 y SL 1637-2022).

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 (SL 3321 del 26 de junio del 2021 y SL1637 del 11 de mayo de 2022).

Ahora, como en la sentencia de primer grado no congloba de manera expresa la devolución de estos conceptos, 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 este valor durante la afiliación.

9. 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.

10. 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 la *a quo*, no siendo procedente su revocatoria y menos aun cuando se opuso a todas las pretensiones de la demanda, por lo que se despacha de manera desfavorable este pedimento.

11. Costas en esta instancia. En segunda instancia se impondrán costas a cargo de Colpensiones y a favor de la parte demandante, por no haber prosperado los recursos de apelación impetrados.

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 el numeral SEGUNDO de la sentencia proferida el 5 de julio de 2022, por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, la **ORDEN** de que la AFP PORVENIR S.A. (durante el tiempo de permanencia en la AFP), traslade a COLPENSIONES, si aún no lo ha 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, así como los demás señalados por el A quo se devuelvan debidamente indexados, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

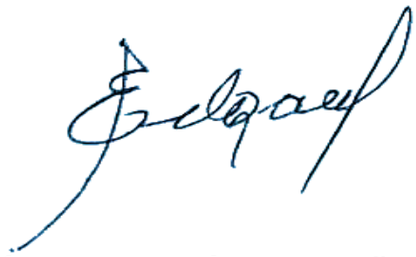
SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia apelada y consultada.

TERCERO: CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia en favor de la demandante y a cargo de 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

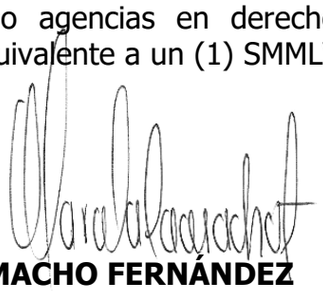


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

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

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor de la demandante y a cargo de Colpensiones el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de $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:	ROSA AMIRA RAMÓN GARCÍA
Demandados:	COLPENSIONES Y AFP PORVENIR S.A.
Radicación:	22-2020- 00307-00
Tema:	INEFICACIA DE TRASLADO - ADICIONA

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,

SENTENCIA

AUTO

En atención al memorial allegado mediante correo electrónico, se reconoce personería para actuar al Dr. Samuel Eduardo Meza Moreno, identificado en legal forma, como apoderado sustituto de la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder conferido.

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Rosa Amira Ramón García instauró demanda ordinaria contra Colpensiones y AFP Porvenir S.A. con el fin de que se declare la ineficacia y en subsidio la nulidad de la afiliación y traslado realizado al RAIS, por haber existido vicio en su consentimiento y, en consecuencia, se ordene a la primera de las citadas a recibir su afiliación sin solución de continuidad, mientras que a la segunda, traslade todos los saldos de la cuenta de ahorro individual, junto con las sumas que le puedan corresponder por concepto de intereses, bono pensional, sumas adicionales y rendimientos sin descontar suma alguna por concepto de cuotas de administración. Así mismo, solicitó que Colpensiones proceda a la corrección e imputación de los tiempos cotizados en su historial laboral; lo que resulte probado ultra y extra petita y costas del proceso.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que la demandante nació el 5 de septiembre de 1961 y estuvo afiliada al ISS por el periodo comprendido entre mayo de 1979 hasta enero de 1999, cotizando un total de 192 semanas. Indicó que el 19 de enero de 1999 suscribió formulario de vinculación a la AFP Porvenir S.A., sin que se le señalará las ventajas y desventajas del régimen de ahorro individual y, las consecuencias que tal acto le acarrearía a su derecho pensional. (Expediente electrónico, PDF 001Demanda, págs. 3 a 13)

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.

3. Contestación de la demanda

3.1. Colpensiones. En su respuesta se opuso a la totalidad de las pretensiones de la demanda aduciendo que no obra prueba alguna de que la actora se le hubiese hecho incurrir en error o que se esté en presencia de algún vicio en el consentimiento (error, fuerza o dolo), tampoco evidenció dentro de las solicitudes nota de protesto o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad por parte de la demandante, por el contrario, observó que las documentales se encuentran sujetas a derecho y que se hizo de manera libre y voluntaria, sin dejar observaciones sobre constreñimientos o presiones indebidas.

En su defensa propuso las excepciones de fondo las que denominó errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del código civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en institución administradora de seguridad social del orden público e innominada o genérica (Expediente electrónico, PDF 07ContestaciónColpensiones)

3.2. AFP Porvenir S.A. Al momento de descorrer el término de traslado la llamada a juicio se opuso a las pretensiones del libelo genitor esgrimiendo que al momento de suscribir el formulario lo hizo de forma libre, espontánea y completamente informada, pues recibió asesoría de manera verbal con la información suficiente y necesaria para entender las condiciones, beneficios, características y consecuencias que acarrearía tomar la decisión de trasladarse de régimen pensional. Propuso como excepciones de fondo las que denominó prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo debido por audiencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. (Expediente electrónico, PDF 006ContestaciónPorvenir)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 7 de octubre de 2021, en la que la falladora de primera instancia declaró la ineficacia del traslado acaecido 19 de enero de 1999 y, en consecuencia, ordenó al fondo privado trasladar a Colpensiones los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración, debidamente indexados, quien está en la obligación de recibirlos y efectuar los ajustes en la historia pensional de la actora. Por último, gravó en costas a la AFP Porvenir S.A.

La decisión de la Juez tuvo sustento jurídico en los pronunciamientos de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, aduciendo que la AFP desde su fundación debe brindar información objetiva, comparada y transparente a los afiliados sobre las consecuencias de cada uno de los regímenes. Aclaró que la AFP tiene una doble calidad, pues de una parte realizan servicios financieros y de otra entidad de la seguridad social, siendo que con este último servicio se protegen derechos pensionales como son la invalidez, vejez y muerte. Refirió que en estos casos debe prevalecer la información al usuario de la futura pensión, por lo que la sola firma del formulario de afiliación no basta para dar por cierto que se cumplió con la obligación, debiendo por tanto la demandada demostrar que se brindó la información completa mediante otros medios probatorios.

En ese sentido, dijo que no suministrarle información necesaria, suficiente y objetiva sobre las consecuencias del traslado a un régimen pensional a otro, lleva a la ineficacia del traslado, de manera que siendo los únicos medios de convicción que obran en el proceso el interrogatorio de parte y el registro de afiliación, sin que sea prueba suficiente para determinar que se brindó la asesoría de manera correcta, debí acceder a las pretensiones de la demanda en lo que hace a la declaratoria de la ineficacia del acto. Dijo que tal suerte no corre el pedimento relacionado con la pensión de vejez, no solo porque Colpensiones

no tiene los dineros con el cual va a hacer el reconocimiento, sino, además, a fin de precaver una posible reliquidación en la mesada pensional.

5. Impugnación y límites del ad quem

5.1 Colpensiones. Inconforme con la anterior decisión, interpuso recurso de apelación señalando que el A quo no tuvo en cuenta la prohibición legal en la que se encuentra la actora, para trasladarse entre regímenes, norma que busca salvaguardar el principio de solidaridad, dado que al no obtener la pensión de vejez en el RAIS por virtud de la ineficacia, se estaría afectando la sostenibilidad financiera del sistema, además, Colpensiones estaría asumiendo las consecuencias de los actos jurídicos celebrados por terceros.

5.2 AFP Porvenir S.A. En su alzada refirió que la información recibida por parte de la demandante fue la necesaria y a la cual estaba obligada a dar según el marco normativo de ese entonces, de manera que ante la falta de información solo podría generar una nulidad relativa basada en el artículo 1741 del Código Civil. Sostuvo que la demandante en el interrogatorio de parte dejó en evidencia que ella recibió la información necesaria por parte de la AFP, además, le es más favorable quedarse en esta debido a que no cumple con los requisitos para obtener una pensión con el régimen de prima media con prestación definida, a más porque al no haber refutado su vinculación durante el tiempo en que estuvo en el fondo de pensiones, se entiende que estaba conforme con éste.

Refirió que la demandante tiene una imposibilidad de realizar el traslado por virtud de la Ley 797 de 2003, además, tuvo la posibilidad de trasladarse ante la expedición de la Circular núm. 012004, misma que fue de conocimiento público. Agregó que la devolución de los gastos de administración no resulta viable debido a que estas sumas son por mandato legal con una destinación específica y la AFP no los tiene en su poder ya que estos cumplen con la administración y no hacen parte de los recursos de la demandante.

6. Alegatos de conclusión

6.1. Demandante. Alegó en su favor aduciendo que no existe ninguna controversia en torno a que suscribió el respectivo formulario de vinculación a la AFP Porvenir S.A., sin embargo, no estuvo precedida de la correspondiente información y asesoría por parte del fondo de pensiones, lo que conllevó a que no tomara la mejor decisión.

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

6.3. Colpensiones. Refirió que la demandante no hizo efectivo uno de los derechos que poseen los afiliados, este es, el retracto, el cual le permite al afiliado la posibilidad de dejar sin efecto alguno la elección realizada, tanto de una administradora de cualquiera de los regímenes o de un plan o fondo de pensiones en un término de cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha en la cual aquél haya manifestado por escrito la correspondiente selección.

Esgrimió que no le asiste derecho a la actora para volver al régimen de prima media, con el fin de que se le reconozca su pensión por este régimen, ya que se encuentra debidamente afiliada al RAIS, sumado a esto para poder trasladarse al Régimen de prima media, es necesario cumplir con los requisitos que estableció la Ley 797 del 2003, en su artículo 2°, que modificó el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, mismo que no cumple.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Apelación de sentencia, grado jurisdiccional de consulta y principio de consonancia. Los recursos de apelación interpuestos por Colpensiones y la AFP Porvenir S.A. se estudiarán de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por las recurrentes, y se estudiará en consulta en favor del ente público 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) ¿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 de la 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. Pese a que en la demanda se dijo que la actora se encontraba afiliada al otrora ISS, hoy Colpensiones desde mayo de 1979, encuentra demostración en el plenario, en armonía a lo registrado en la historia laboral (Expediente electrónico, PDF 07ContestaciónColpensiones), que aquella se vinculó a la citada entidad desde el 1 de noviembre de 1996, realizando cotizaciones hasta el 29 de enero de 1999; quien suscribió formulario de afiliación con AFP Porvenir S.A. el 19 de enero de 1999, donde se encuentra actualmente, según su historia laboral de cotizaciones. (Expediente electrónico, PDF 006ContestaciónPorvenir)

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 1999-, debe recodarse 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:

Etapa acumulativa	**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, 19 de enero de 1999, 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.

La información en los términos anotados no fue brindada por parte de la AFP codemandada, pues no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir que para el momento del traslado se le dio explicación a la actora acerca de las diferentes modalidades de pensión, su cálculo, las pérdidas o ganancias en lo que al rendimiento podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, el porcentaje que se destina para gastos de administración y seguros previsionales, los casos en que procede la devolución de aportes, las variables que podía tener la prestación con el paso del tiempo y demás aspectos a los que se hizo mención, los cuales se han dejado sentados por nuestra CSJ en una sólida línea jurisprudencial frente al tema, , no siendo factible colegir del interrogatorio de parte que surtió la demandante, entre tanto, aquella se limitó al aducir alguna de las características del régimen de ahorro individual, pero no confesó que recibió información en los términos indicados. Es decir, solo le brindó información básica y esto no es suficiente para que la AFP demuestre que en efecto ofreció la misma de manera particular e integral a la gestora de la litis, 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.

En este punto, debe dejarse claro la Corte en reciente pronunciamiento vertido en sentencia SL 3685 de 2020, señaló que el diligenciamiento del formulario de vinculación a una Administradora del Sistema de Seguridad Social en Pensiones produce el efecto de la afiliación, con independencia de las cotizaciones a ésta sufragadas, de manera que dichos aportes no constituyen un requisito de validez del acto jurídico. Además, indicó la Corte al reiterar la sentencia bajo el radicado SL 413-2018, que *"(…) las cotizaciones no son un requisito de validez del acto jurídico de su afiliación, aunque sí puede llegar a ser clara señal del compromiso de un trabajador de pertenecer a un régimen pensional en casos dudosos (…)"*.

Por tanto, la AFP demandada estaba en la obligación de proporcionar a la demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarla como potencial afiliada, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarla de tomar una opción que claramente le perjudica, de manera que se equivoca la postura de Colpensiones 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, pues es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además

constituye doctrina probable, que se le debió garantizar a la actora 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 circunstancias pues esto no releva a la entidad de su obligación legal, y por esa vía se despacha negativamente la alzada en este aspecto.

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

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

7. 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 que 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-).

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

CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del **porcentaje destinado a seguros previsionales** y a **constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima** (CSJ SL 2208-2021 y SL 1637-2022).

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 (SL 3321 del 26 de junio del 2021 y SL1637 del 11 de mayo de 2022).

Ahora, como en la sentencia de primer grado no congloba de manera expresa la devolución de estos conceptos, habrá de adicionarse la sentencia en ese sentido. Adicionalmente, se ordenará que tales conceptos 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.

9. 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.

10. Costas en esta instancia. En segunda instancia se impondrán costas a cargo de Colpensiones y AFP Porvenir S.A. y a favor de la demandante, por no haber prosperado los recursos de apelación impetrados. Las de primera se confirman.

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,

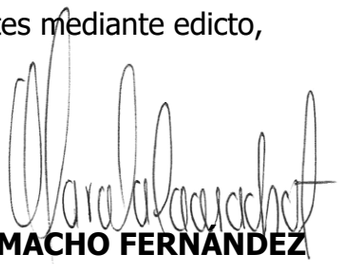
RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el numeral segundo de la sentencia proferida el 7 de octubre de 2021, por el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá, y, en consecuencia, **ORDENAR** a la **AFP PORVENIR S.A.** devolver a Colpensiones, comisiones y porcentajes destinados a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima que en su momento descontaron de la cuenta de ahorro individual de la actora, ordenando que dichos conceptos se devuelvan debidamente indexados, conforme a lo motivado.

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

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

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

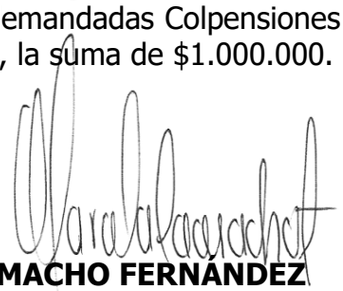
(En uso de permiso)
EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

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

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor de la demandante y a cargo de cada una de las demandadas Colpensiones y de AFP 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 CLAUDIA GONZÁLEZ GARCÍA
Demandados:	COLPENSIONES Y AFP PROTECCIÓN S.A.
Radicación:	05-2021-00039-01
Tema:	INEFICACIA DE TRASLADO - ADICIONA

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,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. María Claudia González García instauró demanda ordinaria contra Colpensiones y AFP Protección S.A. con el fin de se declare la nulidad e ineficacia del traslado efectuado en el mes de julio de 2001 y, en consecuencia, condenar al fondo de pensiones accionado a autorizar su traslado al RPMPD y a Colpensiones admitirlo, con el consecuente envío de dineros depositados en la cuenta individual de ahorro, junto con todos sus rendimientos; lo que resulte probado ultra y extra petita y costas del proceso.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló en síntesis que inició realizando aportes pensionales en el mes de abril de 1993 al ISS y hasta julio de 2001, fecha en la que recibió visita de asesores de AFP Protección S.A. y firmó formulario de afiliación por disposición de su empleador, trasladándose de régimen. Indicó que no recibió ningún tipo de asesoría por parte de la administradora privada, limitándose a decir las ventajas del régimen que administra, más no informó ni le explicó sus condiciones para adquirir su pensión, entre otras cosas. (Expediente electrónico PDF 002. 02.02.2021 Demanda, págs. 1 a 14)

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Expediente electrónico PDF 007. 15.10.2021 Notificación Agencia); 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 la totalidad de las pretensiones de la demanda aduciendo que la actora se trasladó al RAIS de manera libre y voluntaria y si bien desconoce las circunstancias de tiempo de modo y lugar mediante las cuales se llevó a cabo la asesoría, también lo es que si aquella decidió que su mesada pensional estuviera regida por las características propias de dicho régimen se debió a la debida información que recibió. Evidenció negligencia de la promotora del proceso con respecto a consultar su situación pensional, siendo su obligación como consumidora financiera. Concluyó que en todo caso se presentó un error de derecho, el cual, a voces de la jurisprudencia, no vicia el consentimiento.

En su defensa formuló las excepciones de fondo que denominó inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, responsabilidad *sui generis* de las entidades

de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema, buena fe, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, excepción de aplicabilidad de la sentencia SL373 de 2021, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y genérica. (Expediente electrónico PDF 004. 18.06.2021 Contestación Colpensiones)

3.2. AFP Protección S.A. Al momento de descorrer el término de traslado la llamada a juicio se opuso a las pretensiones del libelo genitor esgrimiendo que la afiliación es un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo. Dijo que la actora suscribió formulario de vinculación en forma libre y espontánea, de manera que no puede pretender la nulidad del traslado, pues no se encuentra probado los vicios en su consentimiento, además, porque el error de derecho no lo vicia. Formuló como excepciones 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, reconocimiento de restitución mutua, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración y seguro previsional por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y genérica. (Expediente electrónico PDF 006. 21.06.2021 Contestación Protección)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 22 de abril de 2022, en la que el fallador de primera instancia declaró ineficaz el traslado realizado a la AFP Protección S.A., en consecuencia, ordenó a ésta a trasladar a Colpensiones el valor de las cotizaciones efectuadas junto con rendimientos, frutos e intereses, mientras que a esta última a recibir los aportes y actualizar la historia laboral de la actora. No gravó en costas a las partes.

La decisión del Juez tuvo sustento en la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencias SL1421 de 2019 y SL1688 de 2019 y con ello precisó que, si bien había acogido la tesis de la nulidad, por ende, la misma podría sanearse si se demuestra en juicio si las AFP suministran la información debida, no obstante, debe estudiar la ineficacia de la afiliación inicial, misma que parte de la base, según sentencia SL5686 de 2021, en el cumplimiento de brindar información oportuna, clara, amplia y suficiente a la hora del traslado inicial que realizado la afiliada, de manera que los actos jurídicos posteriores a esa afiliación inicial no convalidan esa omisión por parte de las AFP, a excepción del reconocimiento de la pensión. Indicó que tal presupuesto jurisprudencial en el caso en concreto no está probado, no siendo medio de convicción suficiente los formatos de afiliación, pues no conducen a que se cumplió con el deber de información, de allí que debía declarar la ineficacia de la afiliación.

5. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, **Colpensiones** interpuso recurso de apelación señalando que la actora se encuentra dentro de una prohibición legal, dado que ya cuenta con 56 años, superando el límite temporal, es decir, 10 años para el traslado. Indicó que se hizo una reasesoría por parte del fondo de pensiones, oportunidad en la que tenía la posibilidad de cambiarse de régimen, ya que se la había informado cuál era la mesada pensional que iba a recibir en cada régimen, sin embargo, decidió mantenerse vinculada al RAIS.

6. Alegatos de conclusión

6.1. Demandante. En su escrito de alegaciones indicó que el fondo de pensiones no acreditó una asesoría suficientemente clara e informada, además, se vio obligada a trasladarse por la presión manifiesta que ejerció la sociedad empleadora perteneciente al

mismo conglomerado económico de la AFP, como lo manifestó la demandante en el interrogatorio de parte y lo corroboraron las testigos.

6.2. Colpensiones. Alegó en su favor aduciendo que no es procedente declarar la nulidad o ineficacia del traslado, toda vez que, de acuerdo con las pruebas arrimadas al proceso, evidencia que la accionante se encuentra válidamente afiliada al RAIS al suscribir de manera voluntaria, consciente y sin presiones el formulario de afiliación a la AFP, siendo esta su actual administradora con base al traslado voluntario que realizo para julio del año 2001.

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 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 su favor en lo que le sea desfavorable, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 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) ¿La AFP privada está obligada a devolver a Colpensiones sumas descontadas por gastos de administración, comisiones, seguros provisionales y rendimientos debidamente indexados?; (iv) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante?; y (v) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

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 Claudia González García se afilió al otrora ISS, hoy Colpensiones el 7 de abril de 1993, con cotizaciones hasta el 31 de julio de 2001, conforme aparece en la historia laboral expedida por la misma entidad (Expediente electrónico PDF 004. 18.06.2021 Contestación Colpensiones), quien se trasladó a la AFP Protección S.A. el 9 de septiembre de 2001, según se verifica del formulario de afiliación núm. 5809208 (Expediente electrónico PDF 006. 21.06.2021 Contestación Protección), 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 2001-, debe recodarse 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:

Etapa acumulativa	**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 Protección S.A., esto es, 9 de septiembre de 2001, 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.

La información en los términos anotados no fue brindada por parte de la AFP codemandada, pues no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir que para el momento del traslado se le dio explicación a la actora acerca de las diferentes modalidades de pensión, su cálculo, las pérdidas o ganancias en lo que al rendimiento podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, el porcentaje que se destina para gastos de administración y seguros previsionales, los casos en que procede la devolución de aportes, las variables que podía tener la prestación con el paso del tiempo y demás aspectos a los que se hizo mención, los cuales se han dejado sentados por nuestra CSJ en una sólida línea jurisprudencial frente al tema.

En este punto, debe dejarse claro la Corte en reciente pronunciamiento vertido en sentencia SL 3685 de 2020, señaló que el diligenciamiento del formulario de vinculación a una Administradora del Sistema de Seguridad Social en Pensiones produce el efecto de la afiliación, con independencia de las cotizaciones a ésta sufragadas, de manera que dichos aportes no constituyen un requisito de validez del acto jurídico. Además, indicó la Corte al reiterar la sentencia bajo el radicado SL 413-2018, que *"(…) las cotizaciones no son un requisito de validez del acto jurídico de su afiliación, aunque sí puede llegar a ser clara señal del compromiso de un trabajador de pertenecer a un régimen pensional en casos dudosos (…)"*.

Por tanto, la AFP demandada estaba en la obligación de proporcionar a la demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarla como potencial afiliada, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarla de tomar una opción que claramente le perjudica, de manera que se equivoca la postura de Colpensiones 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, pues es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que se le debió garantizar a la actora 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 circunstancias pues esto no releva a la entidad de su obligación legal, y por esa vía se despacha negativamente la alzada en este aspecto.

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

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

7. 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 que 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-).

8. Consecuencias que conlleva la ineficacia del traslado- devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos. Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adoctrinado, entre otras, en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros.** Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del **porcentaje destinado a seguros previsionales** y a **constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima** (CSJ SL 2208-2021 y SL 1637-2022).

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 (SL 3321 del 26 de junio del 2021 y SL1637 del 11 de mayo de 2022).

Tampoco pueden pretender que se den restituciones mutuas, pues si bien existen reglas en el ordenamiento civil tendientes a este fin y la Ley 100 de 1993 faculta a los fondos privados para descontar algunos valores durante la afiliación, lo cierto también es que, en el específico caso de la declaratoria de ineficacia, se eliminan todos los efectos del acto contrario a derecho, imponiendo la devolución de todo lo recibido con ocasión del negocio jurídico que transgredió las prescripciones legales como si el negocio nunca se hubiere celebrado, por consiguiente, resulta desacertado lo afirmado por la censura, cuando busca que se invalide la condena de dichos conceptos (Sentencia SL1637 de 2002).

Aunado a que en estos procesos de ineficacia de traslado no se estudia si la gestión del fondo demandado fue buena o no y por tanto se generaron unos rendimientos, pues lo que se debe revisar es si la AFP privada brindó información necesaria a la demandante al momento en que se efectúo el traslado al ISS, ya que la devolución de los conceptos ordenados es la consecuencia ante el incumplimiento del deber legal de brindar la asesoría pertinente a sus futuros afiliados.

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

Ahora, como en la sentencia de primer grado no ordena la devolución de gastos de administración, incluidos los porcentajes destinados a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, así como comisiones, habrá de adicionarse la sentencia en ese sentido. Adicionalmente, se ordenará que tales conceptos, como los demás ordenados por la 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.

9. 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.

10. Costas en esta instancia. En segunda instancia se impondrán costas a cargo de Colpensiones y a favor de la demandante, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado.

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 el numeral segundo de la sentencia proferida el 22 de abril de 2022, por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, y, en consecuencia, **ORDENAR** a la **AFP PROTECCIÓN S.A.** devolver a Colpensiones, gastos de administración, comisiones y porcentajes destinados a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima que en su momento descontaron de la cuenta de ahorro individual de la actora, ordenando que dichos conceptos, así como los demás señalados por el A quo se devuelvan debidamente indexados, conforme a lo motivado.

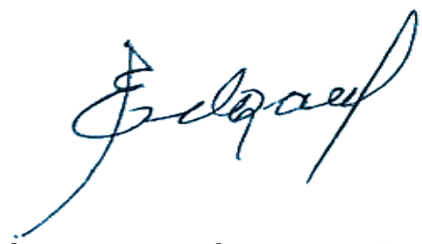
SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia en mención, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

TERCERO: CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia en favor de la demandante y a cargo de Colpensiones.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

(En uso de permiso)
EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

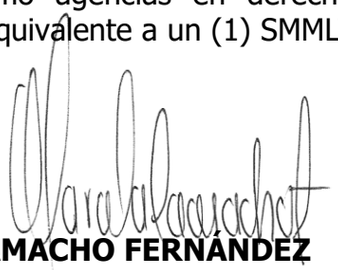


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

***-**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-*

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor de la demandante y a cargo de Colpensiones el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de $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:	JEANET LAGOS
Demandados:	COLPENSIONES Y AFP PORVENIR S.A.
Radicación:	15-2021-00445-01
Tema:	INEFICACIA DE TRASLADO - ADICIONA

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,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Jeanet Lagos instauró demanda ordinaria contra de Colpensiones y AFP Porvenir S.A., con el propósito de que se declare la ineficacia y/o nulidad de la afiliación realizada 1 de marzo de 2000, por falta al deber de información y, en consecuencia, se ordene a las codemandadas a realizar todas las gestiones administrativas pertinentes para declarar ineficaz el traslado. Así mismo, se condene al fondo privado trasladar el capital de la cuenta de ahorro individual, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, frutos e intereses y rendimientos, además, a Colpensiones recibirla sin solución de continuidad y actualizar su historia laboral; lo que resulte probado ultra y extra petita y costas del proceso.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que se afilió al sistema general de pensiones el 16 de julio de 1985, cotizando un total de 469 semanas, sin embargo, a partir del 1° de marzo del 2000 se trasladó de régimen mediante afiliación a AFP Porvenir S.A., dado a que esa aparente decisión libre y voluntaria, no estuvo precedida de la suficiente información e ilustración por parte de esa entidad, por no haber suministrado información, clara, cierta y comprensible, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los dos regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado de régimen efectuado. (Expediente electrónico, PDF 01EscritoDemanda)

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Expediente electrónico, PDF 013RadicaciónAgenciaNacional20224011205162); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de demanda

3.1. Colpensiones. Presentó contestación de la demanda con oposición a todas y cada de las pretensiones aduciendo que la demandante se encuentra válidamente afiliada a la AFP Porvenir S.A., por lo tanto, no puede tener como afiliada a la misma, ni recibir ningún aporte. Formuló las excepciones de fondo que denominó prescripción, caducidad, cobro de lo no debido, buena fe y genérica. (Expediente electrónico, PDF 08EscritoContestaciónColpensiones)

3.2. AFP Porvenir S.A. En su contestación al libelo demandatorio se opuso a la totalidad de las pretensiones incoadas en su contra señalando que la afiliación realizada en el año 2000 se dio de manera libre, espontánea, sin presiones o engaños, después de haber sido amplia y oportunamente informada sobre el funcionamiento del RAIS y de sus condiciones pensionales, tal como se aprecia en la solicitud de vinculación N° 01292878, documento público en el que se observa la declaración escrita a que se refiere el artículo 114 de la Ley 100 de 1993; mismo que se presume auténtico en los términos de los artículos 243 y 244 del CGP y el parágrafo del artículo 54 A del CPT. Refirió que a la actora garantizó el derecho de retracto y en su defensa formuló las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y genérica. (Expediente electrónico, PDF 06EscritoContestaciónPorvenir)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 9 de junio de 2022, en la que el fallador de primer grado declaró la ineficacia del traslado realizado el 6 de enero de 2000 y, en consecuencia, ordenó a la AFP Porvenir S.A. trasladar los recursos o sumas que obran en la cuenta de ahorro individual de la demandante correspondientes aportes y rendimientos; a Colpensiones recibir dichos recursos, reactivar la afiliación y lo acredite como semanas efectivamente cotizadas, como si nunca se hubiere trasladado al RAIS. Por último, no gravó en costas a las partes.

La decisión del Juez tuvo sustento jurídico en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, entre otras, en las sentencias SL373, SL2952, SL1689 del 2021, así mismo, en los artículos 13, 271, 272 de la Ley 100 de 1993 y 27 del numeral 1° del Decreto 663 del 93, en los que determina que el deber de información está a cargo de la administradora de fondos de pensiones, que incluye el riesgo de cada uno de los riesgos pensionales y eventual pérdida de beneficios pensiónales. Refirió que el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente, para demostrar el cumplimiento de esa obligación, en tanto que la afiliación se hace libre, voluntaria y sin presiones, a quien le corresponde la carga de la prueba tendiente a demostrar que suministró información cuando afilió a la actora.

Con fundamento en lo anterior, sostuvo que debía declarar la ineficacia de la afiliación efectuada por la demandante al régimen de ahorro individual, por falta al deber de información, dado a que aquella fue clara al señalar que al momento de su traslado nada se le indicó sobre la posibilidad de retractarse del traslado, ni como se pensionada en las diferentes modalidades pensionales, tampoco la forma en que se manejan los recursos en su cuenta individual de ahorro. Indicó que no es procedente ordenar el traslado de gastos administrativos y pólizas de seguros, ya que estos dineros cumplieron su finalidad y tienen un sustento legal, además, son utilizados para mantener la logística del fondo de pensiones y su personal.

5. Impugnación y límites del ad quem. La decisión fue recurrida por **Colpensiones**, quien indicó que en sentencia SL 2877 de 2020 se señaló que la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia, por tanto, los fondos privados deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado junto con los rendimientos financieros, incluidos los gastos de administración y comisiones con cargos a sus propias utilidades, con ocasión del negocio jurídico que transgredió las prescripciones legales. Por tanto, dijo que hay lugar a reintegrar la totalidad de la cotización, incluidos estos conceptos.

6. Alegatos de conclusión

6.1. Demandante. Alegó en su favor aduciendo que la AFP no logró acreditar que el traslado de régimen efectuado el 6 de enero del 2000 estuviese precedido de la suficiente ilustración e información por parte de este, razón por la cual vulneró el deber de

información contemplado en el Artículo 97 del Decreto 663 de 1993, y los artículos 13 Literal B y 271 de la Ley 100 de 1993.

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

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

6.3. Colpensiones. Indicó no es procedente declarar que el contrato de afiliación suscrito entre la demandante y la AFP es nulo, toda vez que obran dentro del presente proceso medios de prueba documentales suficientes, los cuales conllevan a determinar que el traslado efectuado al Régimen de Ahorro Individual, se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, así como que el respectivo asesor del fondo privado, suministró la totalidad de información clara y precisa, respecto de los efectos jurídicos que le acarrearía el trasladarse.

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 la recurrente, 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 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) ¿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 de la 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 la señora Jeanet Lagos, se afilió al otrora ISS, hoy Colpensiones el 16 julio de 1985, con cotizaciones hasta 28 de febrero de 2000, conforme aparece en la historia laboral expedida por la misma entidad (Expediente electrónico PDF 09AnexoCorreo20210212ExpAdministrativoCC-51843714), quien se trasladó a la AFP Porvenir S.A. el 6 de enero de 2000, según se verifica del formulario de afiliación núm. 01292878 (Expediente electrónico, PDF 06EscritoContestaciónPorvenir), 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 2000-, debe recodarse 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:

Etapa acumulativa	**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, 6 de enero de 2000, 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.

La información en los términos anotados no fue brindada por parte de la AFP codemandada, pues no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir que para el momento del traslado se le dio explicación a la actora acerca de las diferentes modalidades de pensión, su cálculo, las pérdidas o ganancias en lo que al rendimiento podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, el porcentaje que se destina para gastos de administración y seguros previsionales, los casos en que procede la devolución de aportes, las variables que podía tener la prestación con el paso del tiempo y demás aspectos a los que se hizo mención, los cuales se han dejado sentados por nuestra CSJ en una sólida línea jurisprudencial frente al tema.

En este punto, debe dejarse claro la Corte en reciente pronunciamiento vertido en sentencia SL 3685 de 2020, señaló que el diligenciamiento del formulario de vinculación a una Administradora del Sistema de Seguridad Social en Pensiones produce el efecto de la afiliación, con independencia de las cotizaciones a ésta sufragadas, de manera que dichos aportes no constituyen un requisito de validez del acto jurídico. Además, indicó la Corte al reiterar la sentencia bajo el radicado SL 413-2018, que *"(…) las cotizaciones no son un requisito de validez del acto jurídico de su afiliación, aunque sí puede llegar a ser clara señal del compromiso de un trabajador de pertenecer a un régimen pensional en casos dudosos (…)"*.

Por tanto, la AFP demandada estaba en la obligación de proporcionar a la demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarla como potencial

afiliada, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarla de tomar una opción que claramente le perjudica, de manera que se equivoca la postura de Colpensiones 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, pues es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que se le debió garantizar a la actora 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 circunstancias pues esto no releva a la entidad de su obligación legal, y por esa vía se despacha negativamente la alzada en este aspecto.

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

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

7. 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 que 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-).

8. Consecuencias que conlleva la ineficacia del traslado- devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos. Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adoctrinado, entre otras, en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos**

financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del **porcentaje destinado a seguros previsionales** y a **constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima** (CSJ SL 2208-2021 y SL 1637-2022).

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 (SL 3321 del 26 de junio del 2021 y SL1637 del 11 de mayo de 2022).

Tampoco pueden pretender que se den restituciones mutuas, pues si bien existen reglas en el ordenamiento civil tendientes a este fin y la Ley 100 de 1993 faculta a los fondos privados para descontar algunos valores durante la afiliación, lo cierto también es que, en el específico caso de la declaratoria de ineficacia, se eliminan todos los efectos del acto contrario a derecho, imponiendo la devolución de todo lo recibido con ocasión del negocio jurídico que transgredió las prescripciones legales como si el negocio nunca se hubiere celebrado, por consiguiente, resulta desacertado lo afirmado por la censura, cuando busca que se invalide la condena de dichos conceptos (Sentencia SL1637 de 2002).

Aunado a que en estos procesos de ineficacia de traslado no se estudia si la gestión del fondo demandado fue buena o no y por tanto se generaron unos rendimientos, pues lo que se debe revisar es si la AFP privada brindó información necesaria a la demandante al momento en que se efectúo el traslado al ISS, ya que la devolución de los conceptos ordenados es la consecuencia ante el incumplimiento del deber legal de brindar la asesoría pertinente a sus futuros afiliados.

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

Por lo dicho, acierta la censura al indicar que procede la devolución de gastos de administración, incluidos los porcentajes destinados a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, así como comisiones, por lo que habrá de adicionarse la sentencia en ese sentido. Adicionalmente, se ordenará que tales conceptos, como los demás ordenados por la A quo, al momento de la devolución se realicen debidamente indexados.

Este último 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.

9. 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.

10. Costas en esta instancia. En segunda instancia no se impondrán costas a cargo de Colpensiones, ante la prosperidad del recurso de apelación que impetró.

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,

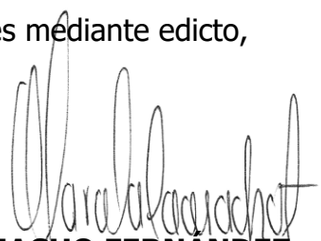
RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el numeral segundo de la sentencia proferida el 9 de junio de 2022, por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá, y, en consecuencia, **ORDENAR** a la **AFP PORVENIR S.A.** devolver a Colpensiones gastos de administración, comisiones y porcentajes destinados a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima que en su momento descontaron de la cuenta de ahorro individual de la actora, ordenando que dichos conceptos, así como los demás señalados por el A quo se devuelvan debidamente indexados, conforme a lo motivado.

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

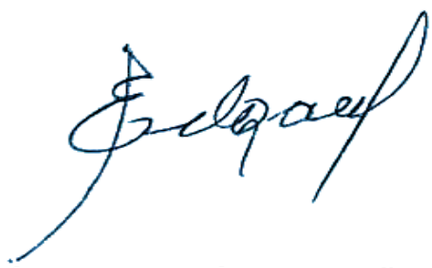
TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

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:	EMILSEN QUIMBAYO OSPINA
Demandados:	COLPENSIONES Y AFP PORVENIR S.A.
Radicación:	26-2020-00044-01
Tema:	INEFICACIA DE TRASLADO - ADICIONA

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,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Emilsen Quimbayo Ospina instauró demanda ordinaria contra Colpensiones y AFP Porvenir S.A., con el propósito de que se declare la nulidad del traslado y afiliación realizado al RAIS y, en consecuencia, se ordene el retorno al RPMPD y a AFP Porvenir S.A. trasladar a Colpensiones todas las cotizaciones y rendimientos financieros que reposan en su cuenta de ahorro individual; lo que resulte probado ultra y extra petita y costas del proceso.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que inició sus cotizaciones al otrora ISS, hoy Colpensiones desde el 20 de noviembre de 1986 y para el mes de abril de 1999 fue persuadida de afiliarse a la AFP Porvenir S.A. por un asesor quien no le brindó información suficiente, pues no le informó ventajas y desventajas de la afiliación, tampoco le entregó una proyección de su pensión al cumplir la edad mínima. (Expediente digital, PDF 001. 11001310502620200004400, págs. 6 a 20).

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Expediente digital, PDF 001. 11001310502620200004400, págs. 62 y 63); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de demanda

3.1. Colpensiones. Presentó contestación de la demanda con oposición a todas y cada de las pretensiones aduciendo que la demandante tomó la decisión de traslado de régimen de manera libre y voluntaria, por tanto, el traslado tiene plena validez. Refirió que la demandante proyecta la acción en la obtención de beneficios económicos, además, que aquella se encuentra inmersa en la prohibición del artículo 13 de la Ley 100 de 1993. Propuso como excepciones de mérito las que denominó prescripción, cobro de lo no debido, buena fe y presunción de legalidad de los actos administrativos. (Expediente digital, PDF 001. 11001310502620200004400, págs. 65 a 75).

3.2. AFP Porvenir S.A. Mediante auto calendado 10 de marzo de 2022, el A quo tuvo por no contestada la demanda. (Expediente digital, PDF 001. 11001310502620200004400, pág. 91).

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 25 de julio de 2022, en la que la falladora de primer grado declaró que el traslado al RAIS fue ineficaz y, en consecuencia, condenó a la AFP Porvenir S.A. a transferir a Colpensiones la totalidad de aportes realizados, junto con los rendimientos financieros causados, sin que haya lugar a descontar alguna suma por concepto de administración. Ordenó a esta última aceptar dichas transferencias y contabilizar para todos los efectos pensionales las semanas cotizadas, gravando únicamente en costas al fondo privado.

La decisión del Juez se basó en que, de conformidad con las sentencias de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, SL12136 de 2014, debe analizarse si la afiliación se realizó de manera libre y voluntaria, razón por la cual es obligatorio verificar si la administradora privada puso en conocimiento de la afiliada los riesgos del traslado al RAIS, los beneficios que obtendría, características de cada régimen, accesos y efectos. Así las cosas, indicó que tales aspectos no fueron probados por la AFP Porvenir S.A., quien en ninguna etapa del proceso aportó prueba que respaldara los contenidos de las asesorías realizadas a la demandante.

De igual forma, indicó que para la jurisprudencia nacional (sentencia de Rad. 68852), el deber de información nace con la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, por lo que el caso debe ser examinado dentro del momento histórico de la afiliación. A su vez consideró que la información que consta dentro del formulario de afiliación con la firma de la actora y una nota de haber suscrito el formulario de manera voluntaria no es prueba idónea para demostrar el consentimiento debidamente informado. En suma, constató el despacho que no se acreditó que el fondo privado hubiere cumplido con brindar una información clara, suficiente, oportuna y eficaz respecto de las características, diferencias y la ilustración respecto de cada uno de los regímenes pensionales, de ahí que debía acceder a las pretensiones de la demanda.

5. Alegatos de conclusión. La demandada **Colpensiones** alegó en su favor que no es procedente declarar que el contrato de afiliación suscrito entre la demandante y la AFP es nulo, toda vez que obran dentro del presente proceso medios de prueba documentales suficientes, los cuales conllevan a determinar que el traslado efectuado al Régimen de Ahorro Individual, se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, así como que el respectivo asesor del fondo privado, suministró la totalidad de información clara y precisa, respecto de los efectos jurídicos que le acarrearía el trasladarse.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Grado jurisdiccional de consulta. Se estudiará la decisión de primera instancia en el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, por haber sido adversa a sus intereses, de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 69 del CPTSS.

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) ¿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 de la 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 la señora Emilsen Quimbayo Ospina, se afilió al entonces ISS hoy administrado por Colpensiones el 20 de noviembre de 1986, con cotizaciones hasta el 20 de julio de 1999, tal y como consta en la historia laboral aportada por Colpensiones (Expediente digital, PDF 001. 11001310502620200004400, págs. 34 a 37); quien posteriormente se trasladó a AFP Horizonte S.A., hoy AFP Porvenir S.A. el 1° de agosto de 1999, entidad donde se encuentra actualmente, conforme a la historia laboral expedida por la misma entidad (Expediente digital, PDF 001. 11001310502620200004400, págs. 38 a 51).

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 1999-, debe recodarse 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:

Etapa acumulativa	**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, 1° de agosto de 1999, 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.

La información en los términos anotados no fue brindada por parte de la AFP codemandada, pues no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir que para el momento del traslado se le dio explicación a la actora acerca de las diferentes modalidades de pensión, su cálculo, las pérdidas o ganancias en lo que al rendimiento podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, el porcentaje que se destina para gastos de administración y seguros previsionales, los casos en que procede la devolución de aportes, las variables que podía tener la prestación con el paso del tiempo y demás aspectos a los que se hizo mención, los cuales se han dejado sentados por nuestra CSJ en una sólida línea jurisprudencial frente al tema.

En este punto, debe dejarse claro la Corte en reciente pronunciamiento vertido en sentencia SL 3685 de 2020, señaló que el diligenciamiento del formulario de vinculación a una Administradora del Sistema de Seguridad Social en Pensiones produce el efecto de la afiliación, con independencia de las cotizaciones a ésta sufragadas, de manera que

dichos aportes no constituyen un requisito de validez del acto jurídico. Además, indicó la Corte al reiterar la sentencia bajo el radicado SL 413-2018, que *"(…) las cotizaciones no son un requisito de validez del acto jurídico de su afiliación, aunque sí puede llegar a ser clara señal del compromiso de un trabajador de pertenecer a un régimen pensional en casos dudosos (…)"*.

Por tanto, la AFP demandada estaba en la obligación de proporcionar a la demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarla como potencial afiliada, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarla de tomar una opción que claramente le perjudica, de manera que se equivoca la postura de Colpensiones 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, pues es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que se le debió garantizar a la actora 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 circunstancias pues esto no releva a la entidad de su obligación legal.

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

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

7. 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 que 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-).

8. Consecuencias que conlleva la ineficacia del traslado- devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos. Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adoctrinado, entre otras, en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros.** Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del **porcentaje destinado a seguros previsionales** y a **constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima** (CSJ SL 2208-2021 y SL 1637-2022).

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 (SL 3321 del 26 de junio del 2021 y SL1637 del 11 de mayo de 2022).

Ahora, como en la sentencia de primer grado no congloba de manera expresa la devolución de esos conceptos, habrá de adicionarse la sentencia en ese sentido. Adicionalmente, se ordenará que tales conceptos, como los demás ordenados por la 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.

9. 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.

10. Costas en esta instancia. Sin costas en este grado jurisdiccional de consulta.

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

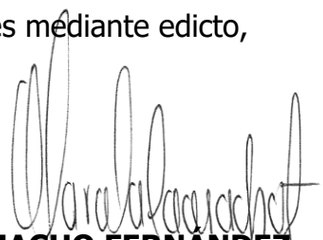
PRIMERO: ADICIONAR el numeral segundo de la sentencia proferida el 25 de julio de 2022, por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, y, en consecuencia, **ORDENAR** a la **AFP PORVENIR S.A.** devolver a Colpensiones comisiones y porcentajes

destinados a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima que en su momento descontaron de la cuenta de ahorro individual de la actora, ordenando que dichos conceptos, así como los demás señalados por la A quo se devuelvan debidamente indexados, conforme a lo motivado.

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

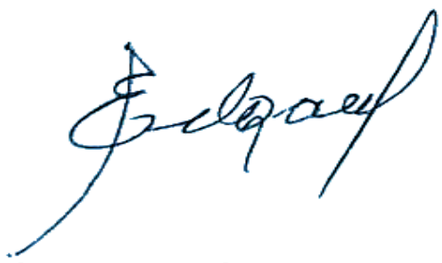
TERCERO: SIN COSTAS en este grado jurisdiccional de consulta.

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:	LUZ HELENA VANEGAS MENDIETA
Demandados:	COLPENSIONES Y OTRAS
Radicación:	03-2021-00075-01
Tema:	INEFICACIA DE TRASLADO - ADICIONA

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,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Luz Helena Vanegas Mendieta instauró demanda ordinaria contra Colpensiones, AFP Porvenir S.A. y AFP Protección S.A. con el propósito de que se declare la ineficacia de la afiliación al RAIS efectuada y, en consecuencia, se ordene a los fondos accionados trasladen el valor de los saldos que se hayan consignado en la cuenta de ahorro individual, junto con los cobros y gastos de administración. Así mismo, solicitó que Colpensiones acepte su vinculación en el RPMPD y reciba los aportes, rendimientos financieros y devolución de cobros de administración; lo que resulte probado ultra y extra petita.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que ha laborado y realizado cotizaciones desde el mes de septiembre de 1996 al ISS, sin embargo, desde el mes de mayo de 1997 suscribió vinculación al RAIS administrado por AFP Protección S.A., afirmando que no recibió 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 24 de abril de 2001 la demandante suscribe formulario de afiliación con la AFP Porvenir S.A., sin que contase con la asesoría correspondiente al momento de la firma del mismo. (Expediente electrónico, PDF 001Demanda)

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Expediente electrónico, PDF 010NotificaciónAgencia); 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 las pretensiones de la demanda aduciendo que no ha existido circunstancias que hayan viciado el consentimiento de la demandante al momento de suscribir el contrato de administración de pensiones obligatorias con la AFP Porvenir S.A., pues el traslado se realizó manera voluntaria y consciente, de acuerdo con los parámetros establecidos en el artículo 13 de la ley 100 de 1993. En su defensa propuso las excepciones de fondo las que denominó la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, responsabilidad *sui generis* de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de

sostenibilidad financiera del sistema , buena fe, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y genérica. (Expediente electrónico, PDF 006ContestaciónColpensiones)

3.2. AFP Porvenir S.A. Al momento de descorrer el término de traslado la llamada a juicio se opuso a las pretensiones del libelo genitor esgrimiendo que la demandante al momento de suscribir el formulario, lo hizo de forma libre y espontánea completamente informada, pues recibió asesoría de manera verbal con la información suficiente y necesaria para entender las condiciones, beneficios, características y consecuencias que acarrearía tomar la decisión de trasladarse de régimen pensional. 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 005ContestaciónDemandaPorvenir)

3.3. AFP Protección S.A. Contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones sustentando que la afiliación es un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo. Refirió que dicha voluntad libre y espontánea se evidencia con la firma del formulario de afiliación, momento en el cual brindó la información amplia sobre el funcionamiento del RAIS. Formuló como excepciones las que rotuló como 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, genérica, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional y comisión de administración por falta de causa, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP y la de traslado de la totalidad de los aportes a AFP Porvenir S.A. (Expediente electrónico, PDF 007ContestaciónDemandaProtección)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 7 de junio de 2022, en la que el fallador de primer grado declaró la ineficacia de la afiliación o traslado de regímenes efectuado el 19 de julio de 1999, así como los traslados horizontales entre fondos del mismo régimen. Por tanto, dispuso ordenar a AFP Porvenir S.A. a devolver los dineros por conceptos de cotizaciones obligatorias, voluntarias y los bonos pensionales en caso de ser redimidos con los rendimientos financieros e intereses causados sin descuento alguno. Ordenó a la Colpensiones a recibir estos dineros por parte de esa entidad. Finalmente, gravó en costas a las demandadas.

La decisión del Juez tuvo sustento jurídico en el referente jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencias SL 31989 de 2008, SL54814 de 2008 y SL1688 de 2019. Precisó que desde la conformación de las AFP existe el deber de información que permita suministrar a los afiliados la información clara y suficiente para efectuar el traslado del régimen pensional, esto evidenciado en distintas normatividades que se encontraban vigentes a la fecha de la afiliación -1999-. En el mismo sentido, para el caso especial en el que el empleador de la demandante era quien poseía el formulario de afiliación de Colmena hoy Protección S.A. el cual hizo firmar a la actora, se considera que la AFP hizo uso de un intermediario para provocar la afiliación sin el debido cumplimiento del deber de información.

Indicó que la carga de la prueba se encuentra en cabeza de la AFP para demostrar el cumplimiento de este deber de información que es claramente resaltado en la jurisprudencia nacional, así como también la insuficiencia de la presentación del formulario de afiliación que dé fe sobre la información suministrada a la afiliada. Respecto de la convalidación entre traslados horizontales, el a quo fue enfático en establecer que este fenómeno no se da con el traslado entre entidades del mismo régimen, sino que quedan sin efecto todos los traslados posteriores del primero si de este se predica la ineficacia.

Finalmente, en lo que tiene que ver con las consecuencias de la ineficacia, reiteró lo adoctrinado por la Corte Suprema de Justicia, la cual sostiene que los efectos de esta declaratoria son la devolución de todos los conceptos referentes a la afiliación incluyendo las cotizaciones y los rendimientos causados, junto con los gastos de administración y seguros previsionales de la demandante.

5. Impugnación y límites del ad quem

5.1. AFP Porvenir S.A. Interpuso recurso de apelación argumentando que el traslado de la demandante es válido al haberse realizado de manera libre, espontánea e informada, toda vez que se acataron los requisitos legales que se exigían para el cumplimiento del deber de información que con el tiempo se han vuelto más riguroso, pero que para la fecha de la afiliación la AFP llevó a cabo las acciones suficientes para informar de manera objetiva y clara a la demandante. En este sentido, consideró que el desconocimiento del formulario de afiliación por parte del A quo como prueba de la voluntad libre y espontánea de la demandante trae como consecuencia una desatención de la suficiencia probatoria que este documento significaba para la fecha del traslado.

Refirió que, si bien existe un deber en cabeza de las AFP, su incumplimiento no exime de responsabilidad a la afiliada de indagar sobre el funcionamiento del régimen al cual se va a afiliar en atención a su derecho de pensión, tema relevante a pesar de no ser experta en la materia. Sostuvo que no es coherente la devolución de comisiones y rendimientos generados, pues la misma declaratoria de ineficacia lleva a que jamás fue realizado el traslado, por lo que es impensable una devolución de dineros que no se han generado. En la misma línea se encamina la devolución de los gastos de administración y seguros previsionales, pues precisó que va en contravía de la ley de restituciones mutuas al condenar, junto con la restitución del bien, los recursos que se invirtieron para su mantenimiento y crecimiento, recursos que ya no se encuentran en mano de la demandada.

5.2. Colpensiones. En su alzada refirió que existe imposibilidad legal que permita el reingreso de la demandante al RPMPD. De igual forma, indicó que la estadía de la demandante en el RAIS fue consensuada y tranquila por el paso de los años, sin que se presente inconformidad alguna, por lo que con ello ratificó su voluntad de permanencia en el régimen privado.

6. Alegatos de conclusión

6.1. Demandante. Alegó en su favor aduciendo que las AFP incumplieron el deber legal consagrado en el artículo 12 del Decreto 720 de 1994, en tanto que no explicó las diferencias ni los beneficios de cada régimen pensional vigente, tampoco el término de retracto ni menos el término de permanencia.

6.2. Colpensiones. Refirió que no le asiste derecho alguno a la demandante en sus pedimentos, ya que en ningún momento fue obligada a afiliarse a fondo privado alguno, por el contrario, fue espontánea, libre y sin verse restringido el consentimiento en su desafiliación del otrora Instituto de Seguros Sociales, por lo que la afiliación fue plenamente válida.

6.3. AFP Porvenir S.A. En su escrito de alegaciones indicó que la afiliación de la actora se realizó de manera libre, voluntaria y consiente, tal y como se lee del formulario de afiliación, cuya forma preimpresa se encuentra autorizada por la ley, siendo dicho

documento medio probatorio que evidencia la libertad y el consentimiento informado de la parte demandante al momento de realizar su afiliación.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Apelación de sentencia, grado jurisdiccional de consulta y principio de consonancia. Los recursos de apelación interpuestos por AFP Porvenir S.A. y Colpensiones se estudiarán de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por la recurrente, y se estudiará en consulta en favor del ente público 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 haya 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) ¿Las AFP privadas están obligadas a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones, seguros provisionales y rendimientos?; (v) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante?; y (vi) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

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 Luz Helena Vanegas Mendieta se afilió al otrora ISS, hoy Colpensiones desde el 9 de septiembre de 1993, con cotizaciones hasta el 31 de julio de 1999, conforme aparece en la historia laboral expedida por la misma entidad (Expediente electrónico, PDF 006ContestaciónColpensiones); quien se trasladó de régimen a AFP Colmena hoy AFP Protección S.A. el 19 de julio de 1999, según se verifica del formulario de afiliación núm. 1010482742 (Expediente electrónico, PDF 007ContestaciónDemandaProtección); y para el 24 de abril de 2001, firmó formulario de afiliación con AFP Porvenir S.A. donde se encuentra actualmente, según su historia laboral de cotizaciones. (Expediente electrónico, PDF 009AutoTienePorContestadaDemandaPorvenir)

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 1999-, debe recodarse 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:

Etapa acumulativa	**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 Protección S.A., esto es, 19 de julio de 1999, 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.

La información en los términos anotados no fue brindada por parte de la AFP codemandada, pues no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir que para el momento del traslado se le dio explicación a la actora acerca de las diferentes modalidades de pensión, su cálculo, las pérdidas o ganancias en lo que al rendimiento podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, el porcentaje que se destina para gastos de administración y seguros previsionales, los casos en que procede la devolución de aportes, las variables que podía tener la prestación con el paso del tiempo y demás aspectos a los que se hizo mención, los cuales se han dejado sentados por nuestra CSJ en una sólida línea jurisprudencial frente al tema.

En este punto, debe dejarse claro la Corte en reciente pronunciamiento vertido en sentencia SL 3685 de 2020, señaló que el diligenciamiento del formulario de vinculación a una Administradora del Sistema de Seguridad Social en Pensiones produce el efecto de la afiliación, con independencia de las cotizaciones a ésta sufragadas, de manera que dichos aportes no constituyen un requisito de validez del acto jurídico. Además, indicó la Corte al reiterar la sentencia bajo el radicado SL 413-2018, que *"(…) las cotizaciones no son un requisito de validez del acto jurídico de su afiliación, aunque sí puede llegar a ser clara señal del compromiso de un trabajador de pertenecer a un régimen pensional en casos dudosos (…)"*.

Por tanto, la AFP demandada estaba en la obligación de proporcionar a la demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarla como potencial afiliada, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarla de tomar una opción que claramente le perjudica, de manera que se equivoca la postura de Colpensiones 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, pues es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que se le debió garantizar a la actora 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 circunstancias pues esto no releva a la entidad de su obligación legal, y por esa vía se despacha negativamente la alzada en este aspecto.

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

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

6. Traslado entre las diferentes AFP del RAIS no sanea 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 AFP Protección S.A. en el año 1999, 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 19 de julio de 1999, 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.

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

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 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 que 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 la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adoctrinado, entre otras, en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros.** Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del **porcentaje destinado a seguros previsionales** y a **constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima** (CSJ SL 2208-2021 y SL 1637-2022).

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 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 las AFP codemandadas (durante el tiempo de permanencia de la actora en cada AFP), debidamente indexado (SL 3321 del 26 de junio del 2021 y SL1637 del 11 de mayo de 2022.

Ahora, como en la sentencia de primer grado no congloba de manera expresa la devolución de estos conceptos, así como tampoco se incluye dentro de la condena a la AFP Protección S.A. a dicha devolución, 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.

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

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,

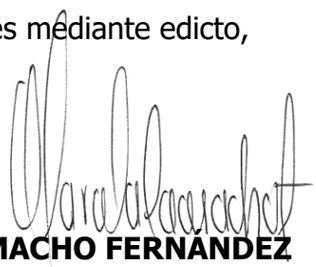
RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el numeral segundo de la sentencia proferida el 7 de junio de 2022, por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, y, en consecuencia, **ORDENAR** a la **AFP PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A.** devolver a Colpensiones las sumas descontadas por concepto de comisiones, gastos de administración y porcentajes destinados a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima que en su momento descontaron de la cuenta de ahorro individual de **LUZ HELENA VANEGAS MENDIETA**, ordenando que dichos conceptos, así como los demás señalados por el A quo se devuelvan debidamente indexados, conforme a lo motivado.

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

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

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

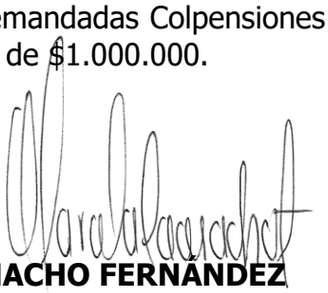
(En uso de permiso)
EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

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

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor de la demandante y a cargo de cada una de las demandadas Colpensiones y 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:	***CARMEN HELENA VELÁSQUEZ CAMBAS***
DEMANDADO:	***COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. Y SKANDIA S.A.***
RADICACIÓN:	***11001-31-05-031-2021-00177-01***
ASUNTO:	***APELACIÓN 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 los Drs. 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. CARMEN HELENA VELÁSQUEZ CAMBAS, a través de apoderado judicial instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. y SKANDIA S.A. con el fin de que se declare la ineficacia del traslado efectuado al RAIS, y como consecuencia, se ordene a COLPENSIONES a recibir y afiliar a la demandante al régimen de prima media con prestación definida, y a COLFONDOS S.A. y SKANDIA S.A. a trasladar a COLPENSIONES, todos los valores de la cuenta de ahorro individual, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., sin descontar ninguna suma por concepto de gastos de administración, lo ultra y extra petita, y las costas procesales.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que desde el 28 de enero de 1994, venía cotizando al otrora ISS, hoy Colpensiones; que se trasladó a COLFONDOS S.A. el 01 de mayo de 1994; que posteriormente se trasladó a SKANDIA S.A. el 01 de abril de 1996; que ninguna de las AFP del RAIS le suministró la información integral, necesaria y completa respecto a las consecuencias del traslado de régimen pensional; que realizó una proyección de su mesada pensional ante SKANDIA S.A., arrojando que se pensionaría a la edad de 53 años con una mesada pensional de $993.683 y a los 52 años si cotiza 12 meses al año una pensión de $1.044.101, mientras que en COLPENSIONES obtendría una pensión a los 60 años de $4.800.000; que intentó trasladarse a COLPENSIONES el 09 de diciembre de 2020, pero le fue negado el traslado en esa misma fecha. (Expediente Digital PDF 001 Demanda 12 4 2021 Págs. 1 a 17)

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Expediente Digital PDF 018 Notificación A.N.D.J.E Págs. 1 y 2); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestaciones

3.1COLPENSIONES. Contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones con fundamento en que la actora no demostró causal alguna que sostuviera que la afiliación a COLFONDOS S.A. fuera nula; que el traslado cuenta con los presupuestos legales de existencia y no infringe norma alguna. Formuló como excepciones de mérito las de falta de legitimación en la causa por pasiva; 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; buena fe y la innominada o genérica (Expediente Digital PDF 007 Contestación de la demanda Págs. 1 a 19)

3.2 AFP COLFONDOS S.A. Contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones señalando que la vinculación de la demandante fue producto de su voluntad y de su decisión libre, informada y espontánea; que la demandante nunca especifica si el vicio del consentimiento se dio por error, fuerza o dolo de acuerdo al Código Civil; que se le brindó la asesoría pertinente para que la decisión fuera libre, voluntaria e informada; que la demandante firmó sin ningún tipo de coacción el formulario de vinculación al momento del traslado; que la presentación de la acción de nulidad interpuesta por la demandante se encuentra prescrita; que no hay lugar a la devolución de las comisiones, ya que estas se encuentran pagadas y causadas dentro del periodo en el que la AFP administró la cuenta de la demandante. Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia de la obligación; falta de legitimación en la causa por pasiva; buena fe; ausencia de vicios del consentimiento; validez de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad; ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por COLFONDOS S.A.; prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado; compensación y pago y la innominada o genérica (Expediente Digital PDF 017 Contestación Colfondos Págs. 4 a 21)

3.3. AFP SKANDIA S.A. Contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones manifestando que la demandante realizó la suscripción del formulario de afiliación administrado por la AFP PENSIONAR S.A. y no directamente con SKANDIA S.A.; que la demandante venía de una afiliación con COLFONDOS S.A. por lo que ya tenía conocimiento del funcionamiento del RAIS; que el traslado realizado dentro de OLD MUTUAL S.A. surgió de una decisión libre y espontánea de la demandante como figura dentro del formulario de afiliación; que la demandante no probó el vicio de consentimiento alegado; que la demandante se encuentra imposibilitada para realizar el traslado faltando 10 años para cumplir la edad de pensión; que los gastos de administración están destinados para cubrir los seguros de invalidez y muerte, entre otros, por lo que es improcedente su devolución. Como excepciones de fondo propuso las que rotuló: SKANDIA no participó ni intervino directamente en el momento del traslado de fondo; OLD MUTUAL no participó ni intervino en el momento de selección de régimen; ausencia de configuración de causales de nulidad; inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al RAIS; ausencia de falta al deber de asesoría e información; los supuestos fácticos de este proceso no son iguales o similares, ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por el demandante; prescripción; buena fe y la genérica. (Expediente Digital PDF 012 Subsanación SKANDIA Págs. 2 a 23)

3.4. MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. Fue llamada en garantía y contestó la demanda oponiéndose a todas las pretensiones manifestando que el traslado de la afiliada no registra defecto y/o vicio alguno; que los supuestos de invalidación de los actos jurídicos no se presentan en este caso; que la elección se dio en virtud de la

manifestación del principio de autonomía de la voluntad por parte de la demandante. Como excepciones de mérito propuso las denominadas: el acto jurídico de afiliación de la demandante fue debidamente informado, y la decisión tomada por la afiliada se dio al amparo del principio de "autonomía de la voluntad", sin estar mediado y/o determinado por error o vicio alguno del consentimiento, siendo absolutamente lícito y válido; inexistencia de alguna causal de invalidación del acto jurídico de afiliación de la demandante a "SKANDIA S.A." y las reconocidas de oficio. (Expediente Digital PDF 021 Contestación Demanda y Llamamiento MAPFRE Págs. 2 a 22)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 05 de agosto de 2022, en la que la falladora de primera instancia absolvió a las demandadas de la totalidad de las pretensiones como quiera que encontró que el traslado de la demandante se surtió con plenos efectos jurídicos; en consecuencia, condenó a la demandante al pago de costas; además condenó a SKANDIA S.A. al pago de costas en favor de MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.

La decisión de la Juez se basó en que de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral, tales como las sentencias SL 1452 de 2019 y SL 4015 de 2021 se reconoce la existencia del deber de información en cabeza de las AFP desde el momento de su formación, así como también de la insuficiencia del formulario de afiliación para probar dicho cumplimiento y atender la legislación vigente en la que se realizó el traslado para verificar que se suministró la información exigida a las AFP.

Sin perjuicio de lo anterior, la a quo encuentra probado que las demandadas sí cumplieron con el deber de información, pues se efectuó confesión en el interrogatorio de parte de la demandante al afirmar que conoce de los aportes voluntarios e incluso los ha efectuado para ayudas de vivienda; que al momento de la afiliación sí se hizo presente un asesor de COLFONDOS S.A.; que conoce de las diferencias y los requisitos de pensión entre cada régimen; que el asesor de COLFONDOS S.A. sí le informó que su pensión dependería de sus ahorros y rendimientos; que se trasladó posteriormente a SKANDIA porque le fue informado que recibiría mejores rendimientos y que conoce del ahorro voluntario por terceros ajenos a las demandadas.

A su vez, encuentra probado que se le allegó a la demandada el 6 de junio de 2019 una proyección pensional, en este caso, poco más de tres meses antes de que la demandante se encontrara inmersa en la prohibición, razón por la cual, ya conocida de los términos para trasladarse al Régimen de Prima Media.

Finalmente indica que la afirmación de la demandante de que sufrió algún tipo de engaño el 1 de mayo de 1994, es infundada, por cuanto se rectifica que el formulario fue firmado el 25 de abril de 1994. (Expediente Digital Archivo 038 Audiencia Proceso Ordinario)

5. Impugnación y límites del ad quem. La decisión fue recurrida por la demandante, quien sustenta que no es cierto que haya existido confesión en el interrogatorio de parte, debido a que la demandante se enteró del fondo de aportes voluntarios por cuenta de familiares y no por asesores de alguna de las demandadas; que el simple hecho de que le fuese manifestado que tendría mayores rendimientos en un régimen y una pensión anticipada en el RAIS no se demuestra el cumplimiento del deber de información por parte de COLFONDOS; que en la proyección que aduce la juez no se informa de alguna ventaja o desventaja sobre la permanencia en el régimen, así como tampoco se dio la doble asesoría para la fecha del 6 de junio de 2019; que la fecha del 1 de mayo de 1994 incluida en el escrito de demanda obedece a la fecha

dentro del extracto de SKANDIA S.A., ya que en ese momento no se contaba con la fecha de suscripción del formulario de afiliación, el cual no fue entregado por la AFP.

6. Alegatos de conclusión:

6.1 COLPENSIONES.: Dentro de la oportunidad procesal solicitó que se absuelva en su totalidad a COLPENSIONES señalando para tal efecto que el traslado de la actora se llevó a cabo de manera libre y voluntaria sin que mediara vicios del consentimiento; que la carga de la prueba está a cargo de la 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 la demandante se encuentra en la prohibición legal de traslado, además que no cumple con los presupuestos de la sentencia SU062 de 2010.

6.2 SKANDIA S.A.: Manifiesta que se mantenga incólume la decisión de instancia que absolvió a la AFP.

6.3 DEMANDANTE.: Solicita que sea revocada la decisión que no 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.

6.4 MAPFRE S.A.: Peticiona que se mantenga inalterable la decisión de instancia que absolvió a la demandada de las suplicas incoadas por la actora.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Apelación de sentencia, grado jurisdiccional de consulta y principio de consonancia. El recurso de apelación interpuesto por la demandante 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, 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 SL2208 del 26 de mayo de 2021.

4. Afiliación, cotización y traslado. Se encuentra demostrado que la señora CARMEN HELENA VELÁSQUEZ CAMBAS se afilió al otrora ISS, hoy Colpensiones, desde el 28 de enero de 1994 conforme aparece en la historia laboral expedida por COLPENSIONES y SKANDIA S.A. (Expediente Digital PDF 004 Anexos Págs. 69 a 75 y expediente administrativo); que se trasladó de régimen a COLFONDOS el 25 de abril de 1994, según formulario de afiliación núm. 059690 (Expediente Digital PDF 017 Contestación Colfondos Pág. 24); que posteriormente se trasladó a SKANDIA S.A. el 11 de marzo de 1996 de acuerdo a formulario de afiliación No. 026633 donde se encuentra actualmente, según su historia laboral de cotizaciones. (Expediente Digital PDF 012 Subsanación SKANDIA Págs. 24 a 32)

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 SL1897-2019, 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 recodarse 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:

Etapa acumulativa	**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 COLFONDOS S.A., esto es, 25 de abril 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; 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)

La información en los términos anotados no fue brindada por parte de la AFP codemandada, pues analizando las pruebas que obran sobre el expediente, se encuentra que nunca se configuró la confesión dentro del interrogatorio de parte practicado a la demandante puesto que las afirmaciones sobre el funcionamiento del RAIS hechas por la misma, son simples generalidades que la afiliada conocía (algunas incluso mencionadas por terceras personas ajenas a las AFP). La mera enunciación de ellas, no significan per sé la existencia de una explicación exhaustiva por parte de la demandada COLFONDOS S.A. acerca de las diferentes modalidades de pensión, su cálculo, las pérdidas o ganancias en lo que al rendimiento podría tener su ahorro, la

redención del bono pensional, el porcentaje que se destina para gastos de administración y seguros previsionales, los casos en que procede la devolución de aportes, las variables que podía tener la prestación con el paso del tiempo y demás aspectos a los que se hizo mención. Misma suerte corre la proyección pensional, ya que la información que se exige es al momento del traslado no con posterioridad, siendo que la proyección data del año 2019.

Por tanto, la AFP demandada estaba en la obligación de proporcionar a la demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarla como potencial afiliada, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarla de tomar una opción que claramente le perjudica, de manera que se equivoca la postura de las demandadas 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, pues es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que se le debió garantizar a la actora 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 circunstancias pues esto no releva a la entidad de su obligación legal, y por esa vía se aprecia que fue equivocada la decisión de la a quo al dar por acreditado el deber de información con las simples generalidades expuestas por la actora en el interrogatorio de parte.

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

6. Traslado entre las diferentes AFP del RAIS no sanea 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 Colfondos S.A., Pensiones y Cesantías en el año 1994, además de que ni siquiera en el traslado al interior del mismo RAIS se evidencia soporte documental acreditativo de haberse suministrado información clara, completa y comprensible 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 25 de abril de 1994, queda sin efectos los consecutivos traslados efectuados al interior del RAIS, los que se itera, no convalidan

el acto jurídico del traslado de régimen pensional, y en esa medida pervive el vicio de la falta de consentimiento informado para migrar al RAIS.

Siendo claro que se equivocó la falladora de primera instancia cuando colige que por el hecho de que la demandante haya realizado varios traslados entre AFP se convalidó el traslado inicial, además, que por tal hecho conoció sobre las características del régimen y que aquellas le brindaron información exigida a la actora, dado que recibió una re-asesoría o proyección en el año 2019. No obstante, la jurisprudencia de la CSJ ha señalado de manera reiterada que se exige, es que la AFP demuestre que al momento de la afiliación brindó la información en los términos indicados, prueba que en el presente caso brilla por su ausencia.

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

8. Actos de relacionamiento. Alude los apoderados de las demandadas que en el presente asunto 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 y traslados en el RAIS sin plantear ninguna inconformidad.

Sobre 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" modifica 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 con la cual en el caso concreto aquí estudiado, en nada modifica lo que ha dicho la Sala, pues la falta de información se juzga al momento del traslado sin importar los actos posteriores de la afiliada y sin que el hecho de que aquella 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 que 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 que conlleva la ineficacia del traslado- devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos. Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adoctrinado, entre otras, en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros.** Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del **porcentaje destinado a seguros previsionales** y a **constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima** (CSJ SL 2208-2021 y SL 1637-2022).

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 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 las AFP codemandadas (durante el tiempo de permanencia de la actora en cada AFP), debidamente indexado (SL 3321 del 26 de junio del 2021 y SL1637 del 11 de mayo de 2022. Así las cosas, no resulta atendible los argumentos expuestos por los fondos de pensiones codemandados en su contestación de demanda.

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.

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

12. Llamamiento en garantía. En lo que hace al llamamiento en garantía de MAPFRE S.A., es del caso precisar que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 64 del C.G.P., es la figura jurídica mediante la cual se vincula a otro sujeto en el proceso judicial, para que este, con ocasión a la condena, indemnice o reembolse el pago que tuviere que efectuar como resultado de esta, pero para que sus produzcan sus efectos, entre el llamado y el llamante primariamente debe existir una sujeción contractual o legal. En otras palabras, es requisito *sine quanon* que exista un vínculo jurídico entre quien efectúa el llamado y el sujeto a quien se llama en garantía, que lo obligue por virtud de la relación legal o contractual que sostienen a indemnizar el perjuicio sufrido por aquel, como resultado de la sentencia que se imponga en la respectiva condena.

Surge de lo anterior, la carga de aportar la prueba acerca de la existencia del vínculo legal o contractual que lo legitime para formular el llamamiento en garantía, siendo requisito indefectible para su procedencia como se indicó en líneas atrás.

Así pues, descendiendo al asunto objeto de estudio, se advierte que la petición elevada por Skandia Fondo de Pensiones y Cesantías S.A. no cumple con dicha exigencia ya que si bien funda su solicitud en lo establecido en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, en tanto que tienen a su cargo la contingencia de riesgo de invalidez y sobrevivencia, de ahí que la citada Ley autorice a contratar seguros, para lo cual debe sufragarse con un porcentaje del aporte pensional que realice la actora; ello por sí solo no evidencia que dicha asegurada tenga como función garantizar patrimonialmente – que en últimas es la finalidad de la figura -, ninguna obligación que se contraiga a través de este juicio o que a su turno tenga que responder por los perjuicios que se llegaren a causar de la sentencia, como quiera que aquella solo le compete amparar riesgos de invalidez y sobrevivencia que como consecuencia de la afiliación de la promotora del proceso al fondo de pensiones codemandado, éste último tenga que sufragar.

Nótese que en la póliza allegada (Fols. 26 y 27 archivo No 21) se registró como cobertura principal la de amparar la muerte e invalidez por riesgo común y auxilio funerario, de allí que solo corresponda la limitación del riesgo asumido que hizo la aseguradora al momento de celebrar el contrato de seguro. Es más, tampoco la encartada ostenta un derecho legal del cual pueda servir para llamar a la citada aseguradora, pues no existe norma expresa que obligue a que esta aseguradora deba servir como garante frente al resarcimiento por los perjuicios que en dicho evento se llegaren a causar como consecuencia de la declaratoria de la ineficacia de la afiliación, pues es claro que la aseguradora llamada en garantía en su ejercicio, únicamente tiene a su cargo

responder por las contingencias de invalidez y sobrevivencia, como consecuencia de la póliza que se suscribió y que asumió por el pago de la prima correspondiente.

En ese sentido, es claro que habrá de absolverse de las pretensiones a MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. respecto del llamado en garantía que se efectuó.

10. Costas en esta instancia. En segunda instancia se impondrá costas a cargo de las AFP demandadas, y a favor de la parte demandante, por haber prosperado el recurso de apelación impetrado. De las de primera instancia se revocan y correrán a cargo de las demandadas. Tásense.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 05 de agosto de 2022, por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar **DECLARAR** la **INEFICACIA** de la afiliación de **CARMEN HELENA VELÁSQUEZ CAMBAS** al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, realizada el 25 de abril de 1994 a **COLFONDOS S.A., PENSIONES Y CESANTÍAS**, conforme a lo motivado.

SEGUNDO: DECLARAR que para todos los efectos legales **CARMEN HELENA VELÁSQUEZ CAMBAS**, nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y, en consecuencia, siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.

TERCERO: CONDENAR a **COLFONDOS S.A.** a trasladar con destino a **COLPENSIONES**, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, por concepto de gastos administración en que hubiere incurrido, comisiones, así como el porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima desde el momento en que se surtió la afiliación hasta el momento en que la actora decidió trasladarse a **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS SKANDIA S.A.**, de manera indexada, conformidad con lo motivado.

CUARTO: CONDENAR a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS SKANDIA S.A.**, devolver todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de **CARMEN HELENA VELÁSQUEZ CAMBAS**, como cotizaciones, rendimientos, comisiones, bonos pensionales, gastos administrativos, sumas adicionales de la aseguradora, porcentajes destinados a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, con todos sus frutos, rendimientos e intereses, sin realizar deducción alguna y de manera indexada, conforme a la parte motiva de esta sentencia.

QUINTO: CONDENAR a **COLPENSIONES** a reactivar la afiliación de **CARMEN HELENA VELÁSQUEZ CAMBAS**, actualizar y corregir su historia laboral, en armonía con las consideraciones expuestas en esta sentencia.

SEXTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las demandadas.

SÉPTIMO: CONDENAR en costas en ambas instancias en favor de la parte demandante y a cargo de las demandadas. Las de primera se revocan y correrán a cargo de las demandadas. Tásense.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

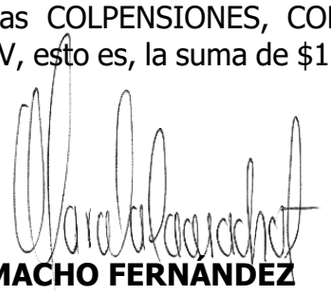
(En uso de permiso)
EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

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-*

AUTO PONENTE

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



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO:	***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE:	***DOLORES ANTONIA BOSSA MUÑOZ.***
DEMANDADO:	***COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.***
RADICACIÓN:	***11001-31-05-034-2018-00637-01***
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 al Dr. MICHAEL CORTAZAR CAMELO, identificado en legal forma, como apoderado sustituto de COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido.

SENTENCIA
ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. DOLORES ANTONIA BOSSA MUÑOZ instauró demanda ordinaria contra de COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A., con el fin de que se declare la ineficacia de la afiliación al RAIS, y en consecuencia, se ordene a PROTECCIÓN S.A. a trasladar los aportes cotizados en la cuenta de ahorro individual de la demandante, y a COLPENSIONES que reciba los aportes y registre a la demandante sin solución de continuidad. Finalmente, que se condene en costas a las demandadas.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que se afilió al ISS, hoy Colpensiones el 27 de noviembre de 1990, registrando un total de 176 semanas; que el 19 de julio de 1994 se trasladó al RAIS administrado por la AFP Santander, hoy Protección S.A; que la AFP del RAIS no le brindó ningún tipo de asesoría, ni información relacionada con la mesada pensional, ni bono pensional, ventajas o desventajas que implicaba el traslado de régimen; que la AFP omitió el deber de información, así como los riesgos de trasladarse de régimen (pág. 49 a 62 PDF No 01)

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

3. Contestaciones

3.1 COLPENSIONES. Presentó oposición a todas y cada una de las pretensiones señalando que no obra prueba alguna de que efectivamente se la haya hecho incurrir en error, o que se esté ante la presencia de algún vicio en el consentimiento; que no se evidencia nota de protesto o anotación que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo inconformidad por parte de la demandante; que la actora se vinculó al RAIS de manera libre y voluntaria; no hubo inconformidad por parte del demandante; que la actora se encuentra en la prohibición legal de traslado al estar a menos de 10

años para adquirir el derecho pensional. Propuso como excepciones de mérito las que denomino errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del código civil, descapitalización del sistema pensional, caducidad, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, innominada o genérica (Folio 1 a 40 - Zip, PDF 11)

3.2 PROTECCIÓN S.A.: Presentó oposición a todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda con fundamento en que la afiliación se realizó de manera correcta y con lo previsto en la normatividad; que su decisión de trasladarse de régimen fue libre y voluntaria, y no se evidencia ningún tipo de vicio en el consentimiento; que no hay lugar al traslado de los aportes en la medida en que esta válidamente afiliada al RAIS; que la actora se encuentra inmersa en la prohibición legal de estar a menos de 10 años de cumplir la edad mínima para pensionarse. Como excepciones de mérito propuso las que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, innominada o genérica, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de los terceros de buena fe. (Fol. 88 a 105 EXP 01)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 09 de junio de 2022, en la que la falladora de primera instancia declaró la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuado a través de PROTECCIÓN S.A., condenando a esta última a trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido de la afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses o rendimientos que se hubieren causado, sin lugar a descontar valores por concepto de administración; condenó a COLPENSIONES a recibir los valores que reintegre PROTECCIÓN S.A., declarar no probadas las excepciones, y condenó en costas solo a PROTECCIÓN S.A..

La decisión del Juez tuvo sustento jurídico en lo reiterado al respecto por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral al respecto, entre otras sentencias SL2324, SL1689 del 2019, SL4964 del 2018, SL17595 del 2017, SL12136 del 2014, SL2877 del 2020, y SL4839 del 2021, en el sentido de las AFP son las entidades encargadas de garantizar que existió una decisión informada, autónoma, libre, voluntaria y consciente previo al traslado de régimen, igualmente, que las AFP tiene en su cabeza el deber del buen consejo, dando a conocer las diferentes alternativas con sus beneficios o inconvenientes.

En el sub examine, encontró que la AFP del RAIS, omitió brindar información suficiente para el momento del traslado de la actora en el año de 1999, ya que no solamente es menester demostrar la existencia del traslado, sino que impone verificar que éste se produjo bajo el presupuesto de la libertad informada, prueba que no presenta la AFP demandada; que el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente, por lo que, procede la declaratoria de ineficacia con la consecuencia de que la demandante regrese nuevamente al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES, debiendo PROTECCIÓN S.A. trasladar a COLPENSIONES todos los aportes, como las cotizaciones, bonos pensionales, frutos e intereses o rendimientos que posea la demandante en su cuenta de ahorro individual. Consideró que la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible, bajo la

premisa de que ni los hechos ni los estados jurídicos prescriben. Finalmente, solo condenó en costas a la AFP PROTECCIÓN S.A.

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

5.1 COLPENSIONES: Dentro de la oportunidad procesal pertinente interpuso recurso de apelación señalando que la decisión de instancia se debe revocar, en la medida en que no se tuvo en cuenta la imposibilidad material de la parte actora de retornar al régimen de prima media con prestación definida, además que a la demandante le asisten unos deberes como consumidora financiera; que para la fecha del traslado solamente se exigía para su perfeccionamiento la firma del formulario de afiliación; que la carga de la prueba también está en cabeza de la parte demandante; que COLPENSIONES es un tercero y no puede imponérsele la sanción de recibir a la afiliada; que debe tenerse en cuenta el principio de sostenibilidad financiera de conformidad con el Acto Legislativo 01 de 2005; que los riesgos asumidos entre el fondo privado y Colpensiones es muy distinto, además que estamos ante una persona que en 28 años jamás se acercó a Protección a solicitar información del trámite pensional. Finalmente, aduce que Colpensiones al ser un tercero no puede salir damnificado en esta clase de asuntos.

5.2 PROTECCIÓN S.A: Manifiesta que el formulario de vinculación es un documento al cual no se le puede restar valor probatorio, pues la información exigible para la época se realizaba de manera verbal y era el requisito principal y suficiente; que la demandante se encuentra en la prohibición establecida en el artículo 2 de la Ley 797 2003, la cual menciona la imposibilidad de traslado cuando se trate de una persona que se encuentra a menos de 10 años de pensionarse; que en la Ley 1328 de 2009 se definió las obligaciones para los consumidores financieros, las cuales no fueron cumplidas por la demandante; que PROTECCIÓN S.A. le brindó la información oportuna cierta y suficiente con el fin de que se pudiera tomar la mejor decisión; que debe tenerse en cuenta la sentencia SL3752 de 2020 sobre los actos de relacionamiento; que la demandante recibió la asesoría adecuada, completa, suficiente y transparente antes de concurrir al traslado del régimen; que la AFP realizó una excelente gestión por lo que no hay lugar a la devolución de gastos de administración, además se estaría constituyendo un enriquecimiento sin causa a favor del demandante en detrimento del patrimonio de Protección S.A.. Finalmente, frente a la condena en costas debe tenerse en cuenta que la AFP siempre ha actuado bajo el principio de buena fe.

6. Alegatos de conclusión.

6.1 Colpensiones: Solicita que se revoque la decisión de instancia, dado que la afiliación de la actora al RAIS fue de manera libre y voluntaria, sin que adolezca algún tipo de vicio en el consentimiento; que la actora se encuentra en la prohibición legal del traslado; que se afecta la sostenibilidad financiera del sistema pensional.

6.2 Demandante: Peticiona que se confirme la sentencia de primer grado, en la medida en que no se acreditó la información exigida por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Apelación de sentencia, grado jurisdiccional de consulta y principio de consonancia. El recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES y PROTECCIÓN

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) ¿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 de la 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 la señora DOLORES ANTONIA BOSSA MUÑOZ, empezó a cotizar al régimen de prima media con prestación definida desde el 27 de octubre de 1990 hasta el 30 de julio de 1994, conforme aparece en historial expedido por Colpensiones (pág. 1 y 2 ZIP- expediente administrativo-historia laboral); que se trasladó de régimen el 19 de julio de 1994 a la AFP PROTECCIÓN S.A. según formulario de afiliación (folio 93 PDF No 01), luego, el 01 de noviembre de 1999 se trasladó a ING, y retronó a PROTECCIÓN S.A. el 14 de diciembre de 2000, y posteriormente, el 23 de agosto de 2007 se traslada nuevamente a ING, y finalmente, PROTECCIÓN S.A. asume a través de cesión por fusión lo respectivo a ING, hoy PROTECCIÓN S.A.. entidad donde se encuentra actualmente según historia laboral de cotización (folio. 95 archivo No 01- SIAF)

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 1994-, debe recodarse 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:

Etapa acumulativa	**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 Protección S.A., esto es, 19 de julio del 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; 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)

La información en los términos anotados no fue brindada por parte de la AFP codemandada, pues no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir que para el momento del traslado se le dio explicación a la actora acerca de las diferentes modalidades de pensión, su cálculo, las pérdidas o ganancias en lo que al rendimiento podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, el porcentaje que se destina para gastos de administración y seguros previsionales, los casos en que procede la devolución de aportes, las variables que podía tener la prestación con el paso del tiempo y demás aspectos a los que se hizo mención, los cuales se han dejado sentados por nuestra CSJ en una sólida línea jurisprudencial frente al tema.

En este punto, debe dejarse claro la Corte en reciente pronunciamiento vertido en sentencia SL 3685 de 2020, señaló que el diligenciamiento del formulario de vinculación a una Administradora del Sistema de Seguridad Social en Pensiones produce el efecto de la afiliación, con independencia de las cotizaciones a ésta sufragadas, de manera que dichos aportes no constituyen un requisito de validez del acto jurídico. Además, indicó la Corte al reiterar la sentencia bajo el radicado SL 413-2018, que *"(…) las cotizaciones no son un requisito de validez del acto jurídico de su afiliación, aunque sí puede llegar a ser clara señal del compromiso de un trabajador de pertenecer a un régimen pensional en casos dudosos (…)"*.

Por tanto, la AFP demandada estaba en la obligación de proporcionar a la demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarla como potencial afiliada, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarla de tomar una opción que claramente le perjudica, de manera que se equivoca la postura de Colpensiones 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, pues es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que se le debió garantizar a la actora 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 circunstancias pues esto no releva a la entidad de su obligación legal, y por esa vía se despacha negativamente la alzada en este aspecto.

Finalmente, debe acotar la Sala que en el presente caso no es necesario estudiar si la demandante está o no dentro de la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003 la cual no permite que los afiliados se trasladen cuando les falten 10 años o menos para adquirir la edad mínima para pensionarse, ni tampoco si cumple con los requisitos

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

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

7. Actos de relacionamiento. Alude la parte recurrente que en el presente asunto 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 y traslados en el RAIS sin plantear ninguna inconformidad.

Sobre 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" modifica 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 con la cual en el caso concreto aquí estudiado, en nada modifica lo que ha dicho la Sala, pues la falta de información se juzga al momento del traslado sin importar los actos posteriores de la afiliada y sin que el hecho de que aquella 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 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 que 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 la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adoctrinado, entre otras, en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros.** Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del **porcentaje destinado a seguros previsionales** y a **constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima** (CSJ SL 2208-2021 y SL 1637-2022).

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 (SL 3321 del 26 de junio del 2021 y SL1637 del 11 de mayo de 2022).

Ahora, como en la sentencia de primer grado no congloba de manera expresa el porcentaje destinado constituir 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 la 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 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 de la afiliada, la Sala considera que es igualmente imprescriptible.

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 y Protección S.A., tal y como lo señaló la *a quo*, no siendo procedente su revocatoria y menos aun cuando se opusieron a todas las pretensiones de la demanda, por lo que se despacha de manera desfavorable este pedimento.

12. Costas en esta instancia. En segunda instancia se impondrán costas a cargo de Colpensiones y Protección S.A., y a favor de la parte demandante, por no haber prosperado los recursos de apelación impetrados.

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,

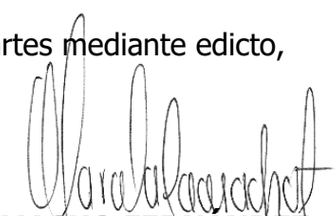
RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el numeral SEGUNDO de la sentencia proferida el 9 de junio de 2022, por el Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá, la **ORDEN** de que la AFP PROTECCIÓN S.A. (durante el tiempo de permanencia en la AFP), traslade a COLPENSIONES, si aún no lo ha efectuado, además de los conceptos ordenados en el referido numeral, los **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 dicho concepto, así como los demás señalados por la A quo se devuelvan debidamente indexados, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia apelada y consultada.

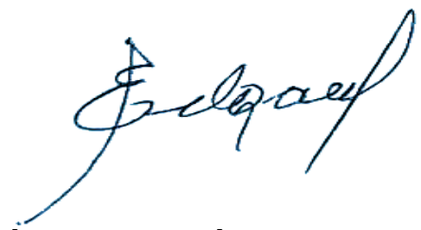
TERCERO: CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia en favor de la demandante y a cargo de Colpensiones y Protección S.A.. Las de primera, se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

(En uso de permiso)
EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

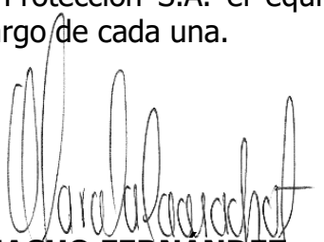


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

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

AUTO PONENTE

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



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

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

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 reciprocas, 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 licita; 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 recodarse 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:

Etapa acumulativa	**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 especifica 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 sanea 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

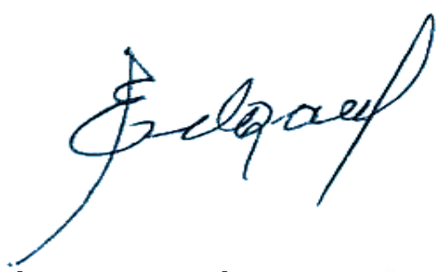
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 19 de agosto de 2022, por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

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

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

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor de la demandante y a cargo de 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

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso:	ORDINARIO LABORAL
Demandante:	DUBY ESPERANZA MUÑOZ USCÁTEGUI
Demandados:	COLPENSIONES Y OTRAS
Radicación:	07-2019-00703-01
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,

SENTENCIA

AUTO

En atención al memorial allegado mediante correo electrónico, se reconoce personería para actuar a la Dra. Amanda Lucia Zamudio Vela, identificada en legal forma, como apoderada sustituta de la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder conferido.

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda Duby Esperanza Muñoz Uscátegui instauró demanda ordinaria contra Colpensiones, AFP Protección S.A. y Old Mutual S.A. con el propósito de que se declare la ineficacia o nulidad del traslado realizado al RAIS y, en consecuencia, se ordene el traslado de los aportes realizados a Colpensiones; lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que inició su afiliación el 20 de septiembre de 1983 al ISS y hasta el 28 de julio de 1999, trasladándose el 23 de julio de 1999 a Davivir S.A. hoy AFP Protección S.A., quien a través de su asesor le aseguro que en el RAIS obtendría mayores rendimientos y mayor cantidad de beneficios al momento de recibir la mesada pensional. Refirió que con posterioridad realizó traslados horizontales, sin que fuese una decisión informada, autónoma y consciente, dado que no se le brindó información completa, integral, veraz y transparente sobre las consecuencias del traslado. (Expediente electrónico. PDF 01CuadernoFisicoJ7, págs. 4 a 20)

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Expediente electrónico. PDF 05NotificaciónAgenciaNacionalJ7); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de la demanda

3.1. Colfondos S.A., Pensiones y Cesantías. En auto del 13 de agosto de 2021, se dispuso su integración como litisconsorte necesario por pasiva y en tal carácter, la vinculada presentó escrito de intervención oponiéndose a la totalidad de las pretensiones, señalando para tal efecto que no obra prueba alguna de que se hubiese hecho incurrir en error o falta de información a la actora, por el contrario, afirmó que toda la afiliación se

hizo con el debido cuidado y deber de información legal de aquel entonces y que no hay ningún tipo de vicio en el consentimiento, máxime cuando no evidencia nota de protesto o anotación que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo inconformidad. Como excepciones de fondo propuso las que denominó no existe prueba de causal de nulidad alguna, prescripción, buena fe, compensación, pago, saneamiento de cualquier presunta nulidad en la afiliación, genérica, ausencia de vicios de consentimiento, obligación a cargo exclusivamente de un tercero, nadie puede ir en contra de sus propios actos. (Expediente electrónico. PDF 21ContestacionDemandaColfondosJ7)

3.2. Colpensiones. En su respuesta se opuso a las pretensiones de la demanda aduciendo que no obra prueba alguna de que efectivamente a la actora se le hubiese hecho incurrido en error (falta al deber de información) por parte de la AFP, o de que se está en presencia de algún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo), así mismo no evidencia dentro de las solicitudes nota de protesto o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad por parte de aquella. Refirió que las documentales allegadas al plenario se encuentran sujetas a derecho, observando de las mismas que la afiliación se hizo de manera libre y voluntaria, sin dejar observaciones sobre constreñimientos o presiones indebidas.

En su defensa propuso las excepciones de fondo las que denominó descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, inexistencia del derecho al reconocimiento de la pensión y genérica. (Expediente electrónico. PDF 01CuadernoFisicoJ7, págs. 133 a 166)

3.3. AFP Porvenir S.A. Dentro de la oportunidad procesal pertinente se opuso a la totalidad de las pretensiones de la demandante esbozando que la afiliación fue producto de una decisión libre, voluntaria e informada, tal como se aprecia en la solicitud de vinculación, documento público en el que se observa la declaración escrita a que se refiere el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, mismo que se presume auténtico en los términos de los artículos 243 y 244 del C.G.P. y el parágrafo del artículo 54 A del CPT. Refirió que a la actora garantizó el derecho de retracto y en su defensa formuló las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y genérica. (Expediente electrónico, PDF 20ContestacionDemandaPorvenirJ7)

3.4. Skandia S.A. Al momento de descorrer el término de traslado la llamada a juicio no se opuso a las pretensiones del libelo genitor aduciendo que el acto jurídico de dio por una sola vez, del cual no fue participe la administradora. Indicó que la actora se encuentra válidamente afiliada al régimen, en tanto que su afiliación se realizó siguiendo cada uno de los lineamientos del ordenamiento jurídico colombiano, proporcionándole toda la información, para que la misma tomará una decisión consciente de afiliarse. Propuso las excepciones de Skandia no participó ni intervino en el momento de selección de régimen, convalidación del acto jurídico, la demandante se encuentra inhabilitada para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado, ausencia de configuración de causales de nulidad, inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al RAIS, ausencia de falta al deber de asesoría e información, los supuestos fácticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por la demandante, buena fe y genérica. (Expediente electrónico. PDF 01CuadernoFisicoJ7, págs. 174 a 193)

3.5. AFP Protección S.A. Contestó la demanda con oposición a la totalidad de las pretensiones incoadas con fundamento en que el acto de traslado fue un acto existente, válido, exento de vicios en el consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, y ello

se encuentra corroborado con la firma del formulario de vinculación. Refirió que el acto jurídico de traslado cumplió con los requisitos de existencia y validez, el cual no puede ser ineficaz con solo hacer alusión a las expectativas económicas de la pensión. En su defensa formuló las excepciones de mérito que denominó 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, reconocimiento de restitución mutua, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración y seguro previsional por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y genérica. (Expediente electrónico. PDF 01CuadernoFisicoJ7, págs. 237 a 256)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 3 de agosto de 2022, en la que el fallador de primer grado declaró la ineficacia de la afiliación y traslado realizado por la actora al RAIS y, en consecuencia, ordenó a Skandia S.A. a trasladar la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual, dineros que deben incluir los rendimientos que se hubieren generado. Así mismo, ordenó a los fondos accionados la devolución del porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Ordenó a Colpensiones a recibir sin solución de continuidad como afiliada a la actora y, por último, condenó en costas a las demandadas.

Para arribar a tal determinación afirmó que el deber de información debe ser garantizado por parte de las administradoras de fondos de pensiones al momento de tramitar el traslado de los trabajadores afiliados al régimen de prima media con prestación definida, pues así lo ha indicado la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en aplicación al Decreto 663 de 1993 y la Ley 100 de 1993. Refirió que siempre ha existido el deber de información en cabeza de la AFP, como lo ha enseñado la citada Corporación, lo cual se reafirma con lo dispuesto en el artículo 1603 del Código Civil. Refirió que tales condiciones no han sido demostradas en el plenario, debiendo por tanto impartir condena en el sentido de declarar la ineficacia de los actos.

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

5.1. Colpensiones. Inconforme con la anterior decisión, formuló recurso de apelación argumentando que existe un criterio jurisprudencial respecto a la ineficacia, que debe ser analizado en cada particular. Refirió que la demandante no debe ser exonerada de su deber de ilustrarse frente a una decisión del cambio de régimen pensional, toda vez que no se encuentra disminuida en su capacidad para celebrar actos y contratos, por lo que teniendo en cuenta que de su elección dependerá su futuro pensional, lleva a concluir que negligente frente a este aspecto, sin que haya hecho uso del derecho de retracto.

Indicó que debe tenerse en cuenta la sentencia C 242 de 2009 respecto al tema de la sostenibilidad financiera del sistema funcional como principio constitucional; así, sostuvo que en estos casos debe primar el interés general sobre el particular, ya que se debería pagar una pensión a la demandante, sabiendo que no aportó al régimen de prima media, no siendo suficiente su propio ahorro para financiar la misma. Refirió que no comparte el criterio según el cual debe ser condenada en costas procesales, toda vez que se estaría vulnerando principios constitucionales, tales como la solidaridad, equidad, sostenibilidad financiera y seguridad social.

5.2. AFP Porvenir S.A. En su alzada esgrimió que el traslado fue eficaz y válido, pues a la demandante le brindó información y fue acompañada por promotores, por lo que de conformidad con el artículo 9° del Código Civil, según el cual la ignorancia de las leyes no sirve de excusa para su no aplicación, siendo una presunción legal que las leyes son de

conocimiento de todos los habitantes del territorio. Adujo que el formulario de afiliación suscrito por la parte demandante es público y que se presume auténtico, mismo que contiene la declaración del que trata el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, esto es, que la selección fue libre y espontánea sin presiones.

Agregó que cumplió con todas sus obligaciones respecto al deber de información conforme a lo señalado en la Circular Externa 019 -1998 de la Superintendencia Financiera de Colombia, además, que para la fecha en la que se produjo las afiliaciones de traslados horizontales no existe obligación de entregar cálculos o proyecciones acerca del futuro pensional, en consideración a que está obligación tan sólo surge a partir de la publicación del Decreto 1748 del 2014. Insistió en que no se puede condenar a la devolución por conceptos de gastos de administración, pues de acuerdo con lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 20 de la Ley 100 de 1993, también en el régimen de prima media con prestación definida se destinan 3% de la cotización al financiamiento. Resaltó que la citada Superintendencia en un concepto con radicación del 17 de enero de 2020, que el artículo 103 del literal "b" de la Ley 100 de 1993 menciona cuales los dineros que se deben trasladar.

5.3. Skandia S.A. Como sustentó del recurso de apelación señaló que el literal B del artículo 20 de la Ley 100 de 1993 dispone que en los dos regímenes pensionales se debe descontar el ingreso base de cotización y un porcentaje por gastos de administración, el cual va a ser destinado a financiar la prima de reaseguro de seguros de invalidez y sobrevivientes. Indicó que esta comisión de administración no es del afiliado, tampoco está destinada a financiar una pensión de vejez, porque en los dos regímenes pensionales la ley dispone que dicho porcentaje es a favor de las administradoras de pensiones. Lo anterior, lo apoyó en sentencia con radicado núm. 00161 del 13 de mayo de 2010, donde se definió la indexación.

6. Alegatos de conclusión

6.1. Demandante. Alegó en su favor aduciendo que la AFP no acreditó haber suministrado asesoría a que por Ley estaba obligada, en la que se le pusiera de presente las características de cada uno de los regímenes pensionales, las condiciones de acceso a las prestaciones, las ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como las consecuencias que debía asumir por el traslado de régimen, además, tampoco acreditó la formación profesional, capacitación y experiencia de los funcionarios que la abordaron y que permita establecer si los mismos eran personas idóneas para asesorar a sus potenciales afiliados.

6.2. Colpensiones. En su escrito de alegaciones refirió que la actora no hizo efectivo uno de los derechos que poseen los afiliados, este es, el retracto, el cual le permite al afiliado la posibilidad de dejar sin efecto alguno la elección realizada, tanto de una administradora de cualquiera de los regímenes o de un plan o fondo de pensiones en un término de cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha en la cual aquél haya manifestado por escrito la correspondiente selección. Señaló que se encuentra debidamente afiliada al RAIS, sumado a que, para poder trasladarse al régimen de prima media, es necesario cumplir con los requisitos que estableció la Ley 797 del 2003.

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

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

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Apelación de sentencia, grado jurisdiccional de consulta y principio de consonancia. Los recursos de apelación interpuestos por Colpensiones, Skandia S.A. y AFP Porvenir S.A. se estudiarán de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por el recurrente, y se estudiará en consulta en favor del ente público en lo que le sea desfavorable, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 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 haya 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) ¿Las AFP privadas están obligadas a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones, seguros provisionales y rendimientos?; (v) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante?; (vi) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?; y (vii) ¿debe ser revocada la condena en costas en contra de Colpensiones?

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 Duby Esperanza Muñoz Uscátegui, se afilió al otrora ISS, hoy Colpensiones desde el 19 de julio de 1988, con cotizaciones hasta el 31 de julio de 1999, conforme aparece en la historia laboral expedida por la misma entidad (Expediente electrónico PDF 33ExpedienteAdministrativoDte); quien realizó los siguientes traslados:

- ING hoy AFP Protección S.A., el 23 de julio de 1999.
- AFP Porvenir S.A. el 10 de diciembre de 2001.
- BBVA Horizonte hoy AFP Porvenir S.A. el 25 de noviembre de 2009.
- Colfondos S.A., el 20 de marzo de 2011.

- Skandia S.A. el 26 de junio de 2012.
- BBVA Horizonte hoy AFP Porvenir S.A. el 1 de marzo de 2013.
- OLD Mutual hoy Skandia S.A. el 17 de abril de 2015.

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 1999-, 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:

Etapa acumulativa	**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 la actora se trasladó a ING hoy AFP Protección S.A., esto es, 23 de julio de 1999, 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.

La información en los términos anotados no fue brindada por parte de la AFP codemandada, pues no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir que para el momento del traslado se le dio explicación a la actora acerca de las diferentes modalidades de pensión, su cálculo, las pérdidas o ganancias en lo que al rendimiento podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, el porcentaje que se destina para gastos de administración y seguros previsionales, los casos en que procede la devolución de aportes, las variables que podía tener la prestación con el paso del tiempo y demás aspectos a los que se hizo mención, los cuales se han dejado sentados por nuestra CSJ en una sólida línea jurisprudencial frente al tema.

En este punto, debe dejarse claro la Corte en reciente pronunciamiento vertido en sentencia SL 3685 de 2020, señaló que el diligenciamiento del formulario de vinculación a una Administradora del Sistema de Seguridad Social en Pensiones produce el efecto de la afiliación, con independencia de las cotizaciones a ésta sufragadas, de manera que dichos aportes no constituyen un requisito de validez del acto jurídico. Además, indicó la Corte al reiterar la sentencia bajo el radicado SL 413-2018, que *"(…) las cotizaciones no son un requisito de validez del acto jurídico de su afiliación, aunque sí puede llegar a ser clara señal del compromiso de un trabajador de pertenecer a un régimen pensional en casos dudosos (…)"*.

Por tanto, la AFP demandada estaba en la obligación de proporcionar a la demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarla como potencial afiliada, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarla de tomar una opción que claramente le perjudica, de manera que se equivoca la postura de Colpensiones 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, pues es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que se le debió garantizar a la actora 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 circunstancias pues esto no releva a la entidad de su obligación legal, y por esa vía se despacha negativamente la alzada en este aspecto.

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

6. Traslado entre las diferentes AFP del RAIS no sanea 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 ING hoy AFP Protección S.A. en el año pensionado, 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 23 de julio de 1999, 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.

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

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 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 que 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 la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adoctrinado, entre otras, en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros.** Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del **porcentaje destinado a seguros previsionales** y a **constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima** (CSJ SL 2208-2021 y SL 1637-2022).

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 (SL 3321 del 26 de junio del 2021 y SL1637 del 11 de mayo de 2022), sin que exista excepción alguna por el hecho de que en el RPMD también se permita efectuar descuentos por estos conceptos, como lo dice la censura.

Tampoco pueden pretender que se den restituciones mutuas, pues si bien existen reglas en el ordenamiento civil tendientes a este fin y la Ley 100 de 1993 faculta a los fondos privados para descontar algunos valores durante la afiliación, lo cierto también es que, en el específico caso de la declaratoria de ineficacia, se eliminan todos los efectos del acto contrario a derecho, imponiendo la devolución de todo lo recibido con ocasión del negocio jurídico que transgredió las prescripciones legales como si el negocio nunca se hubiere celebrado, por consiguiente, resulta desacertado lo afirmado por la censura, cuando busca que se invalide la condena de dichos conceptos (Sentencia SL1637 de 2002).

Aunado a que en estos procesos de ineficacia de traslado no se estudia si la gestión del fondo demandado fue buena o no y por tanto se generaron unos rendimientos, pues lo que se debe revisar es si la AFP privada brindó información necesaria a la demandante al momento en que se efectúo el traslado al ISS, ya que la devolución de los conceptos

ordenados es la consecuencia ante el incumplimiento del deber legal de brindar la asesoría pertinente a sus futuros afiliados.

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

Las razones expuestas son suficientes para confirmar la sentencia en este punto de apelación.

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 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, como se puede observar de su contestación.

12. Costas en esta instancia. En segunda instancia se impondrán costas a cargo de Colpensiones, AFP Skandia S.A. y AFP Porvenir S.A. y a favor de la demandante, por no haber prosperado los recursos de apelación impetrados.

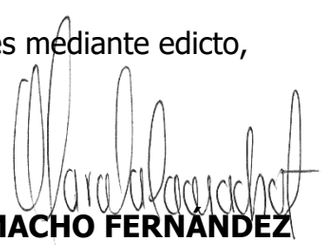
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 3 de agosto de 2022, por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con la parte motivada de este fallo.

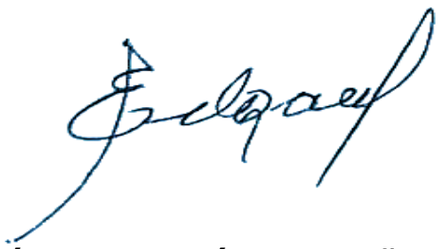
SEGUNDO: CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia a favor de la demandante y a cargo de AFP Porvenir S.A., AFP Skandia S.A. y Colpensiones. Las de primera se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

(En uso de permiso)
EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

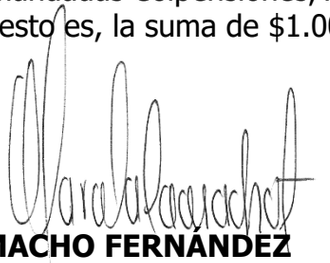


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

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

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor de la demandante y a cargo de cada una de las demandadas Colpensiones, AFP Skandia S.A. y 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:	DORIS MARTÍNEZ TRASLAVIÑA
Demandados:	COLPENSIONES Y AFP PORVENIR S.A.
Radicación:	22-2020-00351-00
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,

SENTENCIA

AUTO

En atención al memorial allegado mediante correo electrónico, se reconoce personería para actuar al Dr. Nicolas Ramírez Muñoz, identificado en legal forma, como apoderado sustituto de la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder conferido.

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Doris Martínez Traslaviña García instauró demanda ordinaria contra Colpensiones y AFP Porvenir S.A. con el propósito de que se declare la invalidez o nulidad del formulario de afiliación núm. 01458022 de 20 febrero de 2000, mediante el cual se vinculó al RAIS y, en consecuencia, se ordene a AFP Porvenir S.A. a trasladar todos los valores consignados en la cuenta de ahorro individual por concepto de cotizaciones, bonos pensionales y cualquier suma adicional de la aseguradora, junto con los rendimientos causados como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil; lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que se afiliado al ISS desde el 25 de abril de 1988 y hasta el 31 de octubre de 2000, fecha en la cual se trasladó a AFP Porvenir S.A., fondo privado que no la asesoró, tampoco realizó estudios ni le dio información respecto al traslado inicial del sistema pensional en que se encontraba, cuáles eran los requisitos para pensionarse en este sistema de acuerdo con su historia laboral y el cálculo actuarial que le permitiera establecer la diferencia entre el valor de la mesada pensional que obtendría en el régimen de prima media y en el régimen de ahorro individual. (Expediente Electrónico PDF, 001DemandaYAnexos).

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Expediente Electrónico PDF 026NotificaciónAgencia20220429); 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 las pretensiones de la demanda aduciendo que no obra prueba alguna de que efectivamente a la actora se le hubiese

hecho incurrido en error (falta al deber de información) por parte de la AFP, o de que se está en presencia de algún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo), así mismo no evidencia dentro de las solicitudes nota de protesto o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad por parte de aquella. Refirió que las documentales allegadas al plenario se encuentran sujetas a derecho, observando de las mismas que la afiliación se hizo de manera libre y voluntaria, sin dejar observaciones sobre constreñimientos o presiones indebidas.

En su defensa propuso las excepciones de fondo las que denominó errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, 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, inexistencia del derecho al reconocimiento de la pensión y genérica. Expediente Electrónico PDF 028ContestaciónColpensiones)

3.2. AFP Porvenir S.A. Al momento de descorrer el término de traslado la llamada a juicio no se opuso a las pretensiones del libelo genitor señalando que el traslado es completamente válido y no existió ningún vicio en el consentimiento, como se pretende. Refirió que la demandante recibió información clara, veraz y oportuna, con elementos de juicio objetivos, para la toma de una decisión lo más informada posible, de acuerdo con lo establecido en el numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, normativa que contiene el deber de información oponible a las a AFP al momento en que se materializó la afiliación al sistema de pensiones. Como excepciones de fondo propuso las que denominó prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. (Expediente Electrónico PDF 020ContestacionDemandaPorvenir20211209)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 25 de julio del 2022, en la que el fallador de primer grado declaró la ineficacia del traslado al RAIS y, en consecuencia, ordenó a la AFP Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones el saldo existente en la cuenta de ahorro individual de la actora con sus correspondientes rendimientos, los bonos pensionales, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, gastos de administración y primas del seguro previsional. Ordenó a Colpensiones a recibir los dineros provenientes de AFP Porvenir S.A. y efectuar los ajustes en la historia pensional. Por último, gravó en costas a la actora.

La decisión del Juez tuvo sustento en el literal "b" del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 el cual establece la selección libre y voluntaria por parte de la filiado; el artículo 114 ibidem que dispone los requisitos para el traslado al puntualizar que la selección de dicho régimen debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. Citó la sentencia SL1688 de 2019 y con ello precisó que las administradoras de fondos de pensiones desde su fundación están obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios, sobre las características de los regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un acto claro y objetivo sobre las mejores opciones. Indicó que en el presente asunto no se encontraba demostrado que la información en los términos señalados haya sido brindada a la actora, siendo carga probatoria del fondo demandado; lo anterior llevaba a acceder a las pretensiones de la demanda, declarando la ineficacia del traslado.

5. Impugnación y límites del ad quem

5.1. Colpensiones. Inconforme con la anterior decisión, interpuso recurso de apelación señalando que debe darse aplicación al artículo 2° de la Ley 797 de 2003, ya que la demandante cumple con los requisitos de ley en uno u otro régimen y será pensionada por vejez. Dijo que del interrogatorio de parte se podría concluir que el único interés de

retornar al régimen de prima media con prestación definida es un interés meramente económico y la ineficacia del traslado se da por el no deber de información, por en este caso no se debe tener en cuenta la sentencias de la Corte Suprema a de Justicia, Sala de Casación Laboral.

5.3. AFP Porvenir S.A. En su alzada señaló que aun cuando exista un precedente jurisprudencial planteado por la Corte Suprema de Justicia, lo cierto es que la misma en varios pronunciamientos ha indicado que el precedente no se puede aplicar de una manera homogénea a todos los procesos donde también se discuta la nulidad o la ineficacia de la filiación por incumplimiento del deber de información, en tanto que debe haber similitud en los hechos fácticos los cuales no aplica en este asunto específico. Refirió que la demandante debía conocer las condiciones del traslado y características, ventajas y desventajas del régimen, a sabiendas de que estas se encuentran establecidas en la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios, por lo que pudo validar en cualquier momento el contenido por la información otorgada por parte del fondo de pensiones. En lo que respecta a la devolución de los recursos de administración advierte que estos recursos tienen una destinación específica y cumplida, por tanto, es inviable su devolución.

6. Alegatos de conclusión

6.1. Demandante. Alegó en su favor aduciendo que el A quo no erró al declarar la ineficacia de la afiliación, dado al incumplimiento del deber de información por parte de la AFP, para el traslado inicial, en tanto que la AFP omitió su deber profesional de analizar su situación pensional particular para aconsejar de forma clara, honesta y diligente sobre la conveniencia o no del traslado, vulnerando de hecho las expectativas legítimas para pensionarse bajo las condiciones favorables en el régimen de prima media con prestación definida.

6.2. Colpensiones. En su escrito de alegaciones refirió que la demandante se encuentra dentro de la prohibición legal de la que habla el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, toda vez que al momento de la presentación de la demanda contaba con más de 50 años de edad. Señaló que aquella tramitó su traslado de manera libre y voluntaria al suscribir el formulario de afiliación a la AFP, sin adolecer de vicio alguno en el consentimiento, por cuanto recibió asesoría por parte del funcionario de la AFP, además, tuvo en su debido momento la oportunidad de resolver las posibles dudas que se le generaran acerca del RAIS.

6.3. AFP Porvenir S.A. Refirió que previa asesoría, la afiliación de la actora se realizó de manera libre, voluntaria y consiente, tal y como fue confesado y como se lee del formulario de afiliación suscrito con la AFP, cuya forma preimpresa se encuentra autorizada por la ley, siendo dicho documento un medio probatorio de la libertad y el consentimiento informado al momento de realizar su afiliación con el fondo de pensiones. Expuso que aquella recibió asesoría sin que hubiera manifestado cualquier clase de inquietud u objeción, pues fue más bien atraída por los beneficios del RAIS que decidió trasladarse al régimen privado de pensiones.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Apelación de sentencia, grado jurisdiccional de consulta y principio de consonancia. Los recursos de apelación interpuestos por Colpensiones y AFP Porvenir S.A. se estudiarán de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por las recurrentes, y se estudiará en

consulta en favor de la entidad pública 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) ¿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 de la 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 la señora Doris Martínez Traslaviña García, se afilió al entonces ISS hoy administrado por Colpensiones el 25 de abril de 1988, con cotizaciones hasta el 10 de octubre de 2000, tal y como consta en la historia laboral aportada por Colpensiones (Expediente digital, PDF 029ExpedienteAdministrativo); quien posteriormente se trasladó a AFP Porvenir S.A. el 20 de octubre de 2000, entidad donde se encuentra actualmente, conforme a la historia laboral expedida por la misma entidad Expediente Electrónico PDF 020ContestacionDemandaPorvenir20211209).

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 2000-, 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:

Etapa acumulativa	**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, 20 de octubre de 2000, 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.

La información en los términos anotados no fue brindada por parte de la AFP codemandada, pues no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir que para el momento del traslado se le dio explicación a la actora acerca de las diferentes modalidades de pensión, su cálculo, las pérdidas o ganancias en lo que al rendimiento podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, el porcentaje que se destina para gastos de administración y seguros previsionales, los casos en que procede la devolución de aportes, las variables que podía tener la prestación con el paso del tiempo y demás aspectos a los que se hizo mención, los cuales se han dejado sentados por nuestra CSJ en una sólida línea jurisprudencial frente al tema, no siendo factible colegir del interrogatorio de parte que surtió la demandante, entre tanto, aquella se limitó al aducir alguna de las características del régimen de ahorro individual, pero no confesó que recibió información en los términos indicados. Es decir, solo le brindó información básica y esto no es suficiente para que la AFP demuestre que en efecto ofreció la misma de manera particular e integral a la gestora de la litis, 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.

En este punto, debe dejarse claro la Corte en reciente pronunciamiento vertido en sentencia SL 3685 de 2020, señaló que el diligenciamiento del formulario de vinculación a una Administradora del Sistema de Seguridad Social en Pensiones produce el efecto de la afiliación, con independencia de las cotizaciones a ésta sufragadas, de manera que dichos aportes no constituyen un requisito de validez del acto jurídico. Además, indicó la Corte al reiterar la sentencia bajo el radicado SL 413-2018, que *"(…) las cotizaciones no son un requisito de validez del acto jurídico de su afiliación, aunque sí puede llegar a ser clara señal del compromiso de un trabajador de pertenecer a un régimen pensional en casos dudosos (…)"*.

Por tanto, la AFP demandada estaba en la obligación de proporcionar a la demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarla como potencial afiliada, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarla de tomar una opción que claramente le perjudica, de manera que se equivoca la postura de Colpensiones 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, pues es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que se le debió garantizar a la actora 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 circunstancias pues esto no releva a la entidad de su obligación legal.

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

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 la demandante haya permanecido muchos años en el RAIS, no tiene la virtualidad o aptitud de subsanar el

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

7. 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 que 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-).

8. Consecuencias que conlleva la ineficacia del traslado- devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos. Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adoctrinado, entre otras, en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros.** Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del **porcentaje destinado a seguros previsionales** y a **constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima** (CSJ SL 2208-2021 y SL 1637-2022).

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 (SL 3321 del 26 de junio del 2021 y SL1637 del 11 de mayo de 2022), sin que exista excepción alguna por el hecho de que en el RPMD también se permita efectuar descuentos por estos conceptos, como lo dice la censura.

Tampoco pueden pretender que se den restituciones mutuas, pues si bien existen reglas en el ordenamiento civil tendientes a este fin y la Ley 100 de 1993 faculta a los fondos privados para descontar algunos valores durante la afiliación, lo cierto también es que, en el específico caso de la declaratoria de ineficacia, se eliminan todos los efectos del acto contrario a derecho, imponiendo la devolución de todo lo recibido con ocasión del negocio

jurídico que transgredió las prescripciones legales como si el negocio nunca se hubiere celebrado, por consiguiente, resulta desacertado lo afirmado por la censura, cuando busca que se invalide la condena de dichos conceptos (Sentencia SL1637 de 2002).

Aunado a que en estos procesos de ineficacia de traslado no se estudia si la gestión del fondo demandado fue buena o no y por tanto se generaron unos rendimientos, pues lo que se debe revisar es si la AFP privada brindó información necesaria a la demandante al momento en que se efectúo el traslado al ISS, ya que la devolución de los conceptos ordenados es la consecuencia ante el incumplimiento del deber legal de brindar la asesoría pertinente a sus futuros afiliados.

Además, hay que precisar que los conceptos de la Superintendencia Financiera no son vinculantes, pues así lo ha establecido la CSJ desde vieja data: "...las hechas por la Superintendencia Bancaria, no tienen el carácter de ser judiciales ni vinculan a los jueces" (Radicado 17784 de 2002). Tampoco es aplicable al presente caso el artículo 113 de la Ley 100 de 1993, como quiera que no nos encontramos frente a un traslado de régimen sino a una solicitud de ineficacia del traslado, por lo que se reitera que esta Sala acoge en su integridad la postura de la CSJ.
Las razones expuestas son suficientes para confirmar la sentencia en este punto de apelación.

9. 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.

10. Costas en esta instancia. En segunda instancia se impondrá costas a cargo de AFP Porvenir S.A. y Colpensiones y, a favor de la parte demandante, por no haber prosperado los recursos de apelación impetrados. Las de primera instancia se confirman.

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

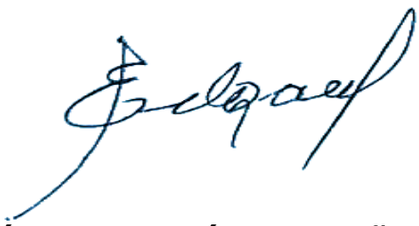
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 25 de julio del 2022, por el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con la parte motivada de este fallo.

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

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

(En uso de permiso)
EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

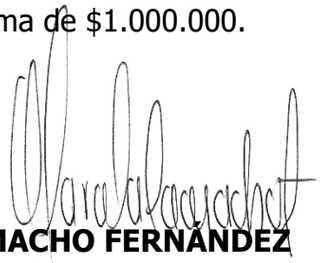


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

***-**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-*

AUTO PONENTE

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



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso:	ORDINARIO LABORAL
Demandante:	MARÍA CRISTINA VANEGAS LARGO
Demandados:	COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A.
Radicación:	38-2021-00206-01
Tema:	INEFICACIA DE TRASLADO – REVOCA

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,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. María Cristina Vanegas Largo instauró demanda ordinaria contra Colpensiones y Colfondos S.A., Pensiones y Cesantías, con el propósito de que se declare la ineficacia del traslado al RAIS por resulta ineficaz, ante la omisión del fondo privado del deber de informar con prudencia y pericia y, de manera clara, completa, veraz, oportuna adecuada, suficiente y cierta respecto a las implicaciones que tenía el cambio de régimen de pensión y en general sobre las prestaciones económicas que obtendría en el régimen de ahorro individual con solidaridad los riesgos, beneficios y desventajas. En consecuencia, se ordene la devolución de todas las sumas de dinero, bonos pensionales, cotizaciones, sumas adicionales, rendimientos financieros y devolución de los gastos de administración que han sido descontados durante todo el tiempo en que dichas sumas de dinero estuvieron en poder de las administradoras. Así mismo, ordenar a Colpensiones reactivar la afiliación, recibir los dineros, actualizar y corregir su historia laboral; lo que resulte probado ultra y extra petita y costas del proceso.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló en síntesis que nació el 15 de octubre de 1965 y estuvo afiliada al ISS hoy Colpensiones desde el inicio de su vida laboral hasta el año 1995, fecha en la que se trasladó a la AFP Porvenir S.A., con ocasión a una campaña desinformada, dado que no se le informó de manera concreta y veraz de las reales consecuencias que conlleva su decisión de traslado de régimen. (Expediente electrónico, carpeta 01Demanda20210428)

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Expediente electrónico, carpeta 03ConstanciaNotificacion20210811); 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 la totalidad de las pretensiones de la demanda aduciendo que la afiliación se realizó con plena voluntad de la cotizante, quien por decisión propia solicitó suscribir el formulario de afiliación a AFP privada, cumpliendo con los requisitos establecidos por las sentencias C-1024 de 2004 y C-789 de 2002, basadas en el artículo 2 de Ley 797 de 2003 que modificó el literal "e" del artículo 13 de la Ley 100 de 1993. Advirtió que resulta inverosímil que la demandante, hubiese

evidenciado las irregularidades en su traslado sin haber formulado duda o inquietud de la decisión tan importante que ello implicaba, y no fue sino hasta después de más de 25 años de encontrarse afiliada y después de acreditar menos de 10 años para acceder a la pensión de vejez, decida solicitar nuevamente el traslado de regímenes aduciendo engaño por parte de la AFP.

En su defensa formuló las excepciones de fondo que denominó inexistencia del derecho y de la obligación, aplicación del precedente establecido en la sentencia SL373 del 2021, el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas y genérica. (Expediente electrónico, carpeta 04ContestaciónDemandaColpensiones20210820)

3.2. Colfondos S.A. En el momento oportuno la AFP contestó la demanda oponiéndose a la totalidad de las pretensiones de esta, alegando que si brindó asesoría de manera integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de régimen y entre administradoras de pensiones, en la que se le asesoró acerca de las características de dicho Régimen, el funcionamiento del mismo, las diferencias entre el RAIS y el otro régimen, ventajas y desventajas y derecho de rentabilidad que producen los aportes en dicho régimen.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada, ausencia de vicios del consintiente, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago e inexistencia e imposibilidad de devolver gastos de administración, comisione y seguros previsionales. (Expediente electrónico, carpeta 05ContestaciónColfondos20210823)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 14 de junio de 2022, en la que el fallador de primera instancia absolvió a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda.

La decisión del Juez tuvo sustento en que Colfondos S.A. si brindo la información necesaria para saber las consecuencias que traía el cambio de regímenes, basado en el interrogatorio de parte que se le hizo a la parte actora donde evidenció que, al momento de hacer el cambio de régimen, brindó el deber de información con una charla de 15 minutos donde la AFP informó las consecuencias que traía el cambio de regímenes. Agregó que por la naturaleza del cargo que desempeñaba la actora le permitía conocer los riesgos de hacer un cambio de regímenes.

Refirió que no observaba la existencia de vicio alguno en el consentimiento, esto es, fuerza, dolo y error y, por ende, entendió que la AFP cumplió con su deber, además, porque el desconocimiento de la ley no es motivo de no aplicación de la Ley 100 de 1993 y la Ley 797 de 2003, esto o en cuanto al cambio de regímenes. Evidenció negligencia de la actora en cuanto a que nunca concurrió a su administradora de pensiones para conocer su estado pensional, aunado a que la diferencia de la mesada pensional entre los dos regímenes no es amplia, debido a que la variable entre RPM y el RAIS no es mayúscula o protuberante, por lo que sí se declarará la ineficacia se estaría vulnerando el derecho a la igualdad de los demás afilados. Por último, mencionó que de conformidad con la Ley 797 de 2003, confirmaba la imposibilidad de hacer el traslado, en tanto está a 10 años de obtener la pensión con el fin de generar la fidelidad a los sistemas.

5. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con lo anterior, el **demandante** formuló recurso de apelación esgrimiendo que la jurisprudencia pacífica de la Corte Suprema de Justicia señala que la carga de la prueba sobre el deber de información radica en el fondo de pensiones y no en la afiliada. Refirió que en el presente asunto no se tiene formulario de afiliación y con relación a la reunión de 15 minutos, tampoco se tiene información de que se dijo o qué tipo de información se transmitió, ni se tuvo en cuenta el tipo de población a la cual se dirigió la charla para realizar el cambio de régimen.

Expuso que no se demostró el deber legal de información por parte de la AFP, de manera que no supo los riesgos que implican el cambio de régimen, de conformidad con el Decreto 720 de 1994, según el cual existe obligación de los promotores de brindar de manera objetiva información que la ayudara a tomar una decisión informada, y al no haber una libertad informada, el A quo rompe el precedente jurisprudencial de la citada Corporación, por ejemplo, en sentencias de radicación 3198 del 2008, 33803 del 2011, 4629 del 2014, SL 1422 del 2019, SL 2030 del 2019 y SL 1236 del 2014.

6. Alegatos de conclusión

6.1. Demandante. Alegó en su favor aduciendo que los medios de pruebas decretados y practicados no dan certeza alguna que a la actora se le haya advertido las implicaciones que con llevaba las pensiones dentro de ambos regímenes pensionales, como tampoco la naturaleza, características y funcionalidades que tiene el RAIS. Resaltó que no milita medio de convicción tendiente a demostrar que la AFP haya entregado una información lo suficientemente clara y oportuna.

6.2. Colpensiones. En su escrito de alegaciones refirió que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición legal de traslado establecida en la Ley 797 de 2003, lo que deviene entonces la imposibilidad de trasladarse de régimen, además, el traslado efectuado ante la AFP privada goza de plena validez y no puede ahora utilizar su propia culpa para beneficiarse de esta.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Apelación de sentencia, grado jurisdiccional de consulta y principio de consonancia. El recurso de apelación interpuesto por la parte demandante se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por la recurrente.

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) ¿La tesis de los "actos de relacionamiento" está llamada a prosperar? (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. Además de ser un hecho aceptado por las demandadas, no fue discutido en la alzada por las partes que María Cristina Vanegas Largo se afilió al otrora ISS, hoy Colpensiones desde el 21 de septiembre de 1990, con cotizaciones hasta el 17 de enero de 1991, aspecto que también se verifica en la historia expedida por la misma entidad (Expediente electrónico, carpeta 07ExpedienteAdministrativo20220126); quien se afilió el 25 de julio de 1995 a Colfondos S.A., Pensiones y Cesantías, mediante la suscripción del formulario de afiliación, fondo de pensiones donde se encuentra actualmente, según aceptación de las partes.

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 1995-, 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:

Etapa acumulativa	**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 Colfondos S.A., esto es, 25 de julio de 1995, 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.

La información en los términos anotados no fue brindada por parte de la AFP codemandada, pues no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir que para el momento del traslado se le dio explicación a la actora acerca de las diferentes modalidades de pensión, su cálculo, las pérdidas o ganancias en lo que al rendimiento podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, el porcentaje que se destina para gastos de administración y seguros previsionales, los casos en que procede la devolución de aportes, las variables que podía tener la prestación con el paso del tiempo y demás aspectos a los que se hizo mención, los cuales se han dejado sentados por nuestra CSJ en una sólida línea jurisprudencial frente al tema, no siendo factible colegirlo del interrogatorio de parte que surtió la demandante, como erróneamente lo efectuó el A quo, entre tanto, aquella se limitó al aducir que dentro de una reunión de 15 minutos el fondo de pensiones le brindó información referente a algunas de las características del

régimen de ahorro individual, pero no confesó que recibió información en los términos indicados. Es decir, solo le brindó información básica y esto no es suficiente para que la AFP demuestre que en efecto ofreció la misma de manera particular e integral a la gestora de la litis, 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.

En este punto, debe dejarse claro la Corte en reciente pronunciamiento vertido en sentencia SL 3685 de 2020, señaló que el diligenciamiento del formulario de vinculación a una Administradora del Sistema de Seguridad Social en Pensiones produce el efecto de la afiliación, con independencia de las cotizaciones a ésta sufragadas, de manera que dichos aportes no constituyen un requisito de validez del acto jurídico. Además, indicó la Corte al reiterar la sentencia bajo el radicado SL 413-2018, que *"(…) las cotizaciones no son un requisito de validez del acto jurídico de su afiliación, aunque sí puede llegar a ser clara señal del compromiso de un trabajador de pertenecer a un régimen pensional en casos dudosos (…)"*.

Por tanto, la AFP demandada estaba en la obligación de proporcionar a la demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarla como potencial afiliada, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarla de tomar una opción que claramente le perjudica, de manera que se equivoca la postura de Colpensiones 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, pues es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que se le debió garantizar a la actora la debida asesoría al momento de su traslado, a fin de que su decisión estuviera precedida de un consentimiento informado, sin que tal obligación se encuentre exenta por el hecho de que la afiliada haya manifestado generalidades en el interrogatorio de parte, el cual, de ninguna manera constituyen confesión.

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

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

7. Actos de relacionamiento. Alude el cognoscente de primer grado que en el presente asunto 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 y traslados en el RAIS sin plantear ninguna inconformidad.

Sobre 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" modifica 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 con la cual en el caso concreto aquí estudiado, en nada modifica lo que ha dicho la Sala, pues la falta de información se juzga al momento del traslado sin importar los actos posteriores de la afiliada y sin que el hecho de que aquella 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 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 que 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 la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adoctrinado, entre otras, en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros.** Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del **porcentaje destinado a seguros previsionales** y a **constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima** (CSJ SL 2208-2021 y SL 1637-2022).

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 (SL 3321 del 26 de junio del 2021 y SL1637 del 11 de mayo de 2022). Así las cosas, no resulta atendible los argumentos expuestos por el fondo de pensiones demandado en su contestación de demanda.

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. Demás excepciones: Por el resultado obtenido en las consideraciones atrás mencionadas, se declaran no probadas las demás excepciones.

12. Conclusión. Corolario de lo anterior, se **REVOCARÁ** la sentencia proferida el 14 de junio de 2022, por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar, declarar por esta Sala la **INEFICACIA** de la afiliación de **MARÍA CRISTINA VANEGAS LARGO** al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y, en consecuencia, se ordenará a **COLFONDOS S.A., PENSIONES Y CESANTÍAS**, a trasladar todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones, rendimientos, bonos pensionales, gastos de administración, comisiones, porcentajes destinados a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos, rendimientos e intereses se hubieren causado, sin que implique realizar deducción alguna, de manera indexada. Así mismo, se **ORDENARÁ** a **COLPENSIONES** a reactivar la afiliación de la demandante, actualizar y corregir su historia laboral una vez reciba los dineros de los fondos de pensiones codemandados.

13. Costas. En ambas instancias a cargo de las demandadas, de conformidad con el numeral 4° del artículo 365 del C.G.P.

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 14 de junio de 2022, por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar **DECLARAR** la **INEFICACIA** de la afiliación de **MARÍA CRISTINA VANEGAS LARGO** al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, realizada el 25 de julio de 1995 a **COLFONDOS S.A., PENSIONES Y CESANTÍAS**, conforme a lo motivado.

SEGUNDO: DECLARAR que para todos los efectos legales **MARÍA CRISTINA VANEGAS LARGO**, nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y, en consecuencia, siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.

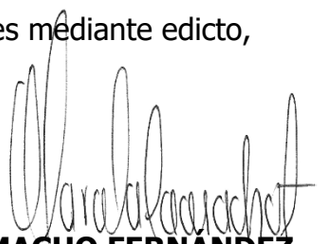
TERCERO: CONDENAR a **COLFONDOS S.A., PENSIONES Y CESANTÍAS** a trasladar todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones, rendimientos, bonos pensionales, gastos de administración, comisiones, porcentajes destinados a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos, rendimientos e intereses se hubieren causado, sin que implique realizar deducción alguna, de manera indexada.

CUARTO: CONDENAR a **COLPENSIONES** a reactivar la afiliación de **MARÍA CRISTINA VANEGAS LARGO**, actualizar y corregir su historia laboral, en armonía con las consideraciones expuestas en esta sentencia.

QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las demandadas.

SEXTO: CONDENAR en costas en ambas instancias en favor de la parte demandante y a cargo de las demandadas. Las de primera tásense.

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-*

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor de la demandante y a cargo de cada una de las demandadas Colpensiones y Colfondos S.A., Pensiones y Cesantías 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:	LUIS ALBENIS NOVOA MORENO
Demandados:	COLPENSIONES Y AFP PORVENIR S.A.
Radicación:	11001-31050-02-2019-00326-01
Tema:	INEFICACIA DE 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. MARÍA CLAUDIA TOBITO MONTERO, identificada en legal forma, como apoderada sustituta de COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido.

SENTENCIA
ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Luis Albenis Novoa Moreno instauró demanda ordinaria contra Colpensiones y AFP Porvenir S.A. con el fin de que se declare la nulidad de la afiliación al RAIS efectuada y, en consecuencia, se ordene Porvenir S.A. traslade todos los dineros de la cuenta de ahorro individual, con los rendimientos financieros e intereses; que se condene a Porvenir S.A. a la indemnización de perjuicios; que se condene a COLPENSIONES a reconocer la pensión de vejez, la indexación; lo ultra y extra petita y las costas y agencias en derecho.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que la demandante nació el 7 de marzo de 1966, que comenzó a laborar y por ende a cotizar en el régimen de prima media hasta el año de 1995, fecha en la cual suscribió vinculación a la AFP 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 15 de enero de 2019 solicitó a COLPENSIONES el traslado, pero le respondieron que era improcedente. (Expediente electrónico PDF 01- "Expediente digital" fol 2-9)

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Expediente electrónico-PDF- 01- Expediente digital fol-48); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de la demanda

3.1. Colpensiones. Se opuso a la totalidad de las pretensiones de la demanda aduciendo que no obra prueba alguna de que a la actora se le hubiese hecho incurrido en error o que el fondo de pensiones haya omitido su deber de información; tampoco se evidencia vicio del consentimiento error, fuerza o dolo, ni inconformidad durante su permanencia en el RAIS, además, porque su vinculación se hizo de manera libre y voluntaria. En su defensa propuso las excepciones de fondo que denominó descapitalización del sistema

pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradores de seguridad social del orden público y la genérica (Expediente electrónico PDF-01- Expediente digitalizao.pdf PDF fol-48-67)

3.2. AFP Porvenir S.A. Al momento de descorrer el término de traslado la llamada a juicio se opuso a las pretensiones del libelo genitor esgrimiendo que el traslado de régimen pensional efectuado por la actora es válido, por cuanto brindó información pertinente y necesaria, suscribiendo el formulario de afiliación de forma libre y espontánea 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, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica (Expediente electrónico PDF 07 07. Contestación demanda PORVENIR S.A. 29-06-2021)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 16 de agosto de 2022, en la que la falladora de primera instancia declaró la ineficacia del traslado realizado al RAIS; condenó a PORVENIR S.A. a devolver todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación como cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, esto es, con los rendimientos causados, los gastos de administración y sumas adicionales de la aseguradora, sin lugar a descuento alguno; ordenó a COLPENSIONES a aceptar los aportes e incluirlos en la base de datos e historia laboral; declaró no probadas las excepciones y condenó en costas solo a PORVENIR S.A.

La 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-3034 del 2021, 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, la 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 cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, esto es, con los rendimientos causados, los gastos de administración y sumas adicionales de la aseguradora, sin lugar a descuento alguno. Finalmente, declaró no probada la excepción de prescripción por tratarse de un derecho de carácter imprescriptible.

5. Impugnación y límites del ad quem. En oportunidad procesal pertinente

5.1 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 la ignorancia de la ley no sirve de excusa; que el formulario de afiliación es un documento público y se presume autentico; que el acto de traslado contiene objeto y causa licita; 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 debe tenerse en cuenta los conceptos de la Superintendencia Financiera en la que 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 o cualquier otra suma ordenada con los rendimientos financieros; 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.

5.2 COLPENSIONES: Interpone recurso de apelación sosteniendo que hubo una debida interpretación del artículo 1604 del Código Civil, ya que hace que la responsabilidad de los fondos se vuelva objetiva, ya que no exige al demandante aportar soporte alguno sobre el error, fuerza o dolo, pero si obliga a que toda la carga probatoria este en cabeza de la AFP; los potenciales pensionados cuentan con la potestad de informarse sobre su futuro pensional, es decir, existe un deber mínimo del afiliado conforme el Decreto 2241 del 2010.

6. Alegatos de conclusión.

6.1 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.

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 la AFP 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 LUZ ALBENIS NOVOA MORENO se afilió al otrora ISS, hoy Colpensiones desde el 25 de mayo de 1990 hasta el 28 de febrero de 1995 conforme aparece en la historia expedido por Colpensiones (Fols. 36 archivo No 01); que se trasladó a PORVENIR S.A. el 26 de febrero de 1995, luego el 04 de junio de 1999 se trasladó a Horizonte, hoy PORVENIR S.A., y finalmente, retornó a PORVENIR S.A. el 30 de septiembre de 2005, según el reporte del SIAFP (Fol. 89 archivo No 07), entidad donde se encuentra actualmente, según su historia laboral de cotizaciones. (Fol. 105 a 144 archivo No 07)

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 1995-, debe recodarse 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:

Etapa acumulativa	**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, 26 de febrero de 1995, 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 especifica 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 sanea 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 1995, además de que ni siquiera en el traslado al interior del mismo RAIS se evidencia soporte documental acreditativo de haberse suministrado información clara, completa y comprensible a la potencial afiliada, menos aún, cálculos comparativos de la mesada pensional en ambos regímenes.

Así las cosas, el traslado entre AFP del mismo régimen, no convalida la ineficacia del traslado de régimen pensional prístino y, por tanto, una vez declarada la ineficacia del traslado de régimen pensional inicial del 26 de febrero de 1995, queda sin efectos los consecutivos traslados efectuados al interior del RAIS, los que se itera, no convalidan el acto jurídico del traslado de régimen pensional, y en esa medida pervive el vicio de la falta de consentimiento informado para migrar al RAIS.

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 no congloba de manera expresa el concepto de descuentos para el fondo de garantía de pensión mínima e indexación y, por ende, habrá de adicionarse la sentencia en este ítem.

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 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 aun 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: ADICIONAR el numeral SEGUNDO de la sentencia proferida el 16 de agosto de 2022, por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá, la **ORDEN** de que la AFP PORVENIR S.A. (durante el tiempo de permanencia en la AFP), traslade a COLPENSIONES, si aún no lo ha efectuado, además de los conceptos ordenados en el referido numeral, los **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 dicho concepto, así como los demás señalados por la A quo se devuelvan debidamente indexados, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

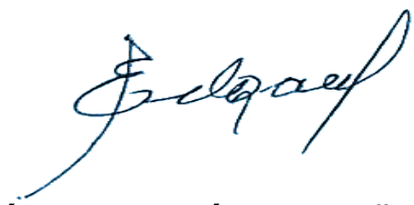
SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia apelada y consultada.

TERCERO: CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia en favor de la demandante y a cargo de Colpensiones y 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

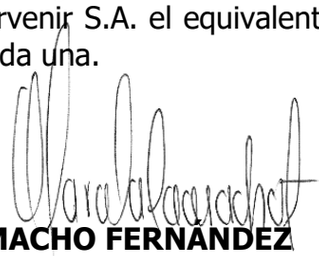


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

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

AUTO PONENTE

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



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: ÁNGEL MARCELINO BRAVO ACOSTA
Demandados: COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.
Radicación: 01-2020-00116-01
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,

SENTENCIA
ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Ángel Marcelino Bravo Acosta instauró demanda ordinaria en contra de Colpensiones y AFP Porvenir S.A., con el propósito de que se declare la ineficacia del traslado al RAIS, dado que no se le proporcionó información suficiente, completa, clara y comprensible acerca de las implicaciones de su traslado. En consecuencia, se ordene su retorno a Colpensiones, con el consecuente envío por la AFP accionada de las sumas percibidas por concepto gastos de administración y demás recursos, debidamente indexados, más el pago de costas procesales.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló en síntesis que se afilió al ISS hoy Colpensiones el 5 de marzo de 1993, realizando aportes hasta el 15 de agosto de 1997, data en la cual se trasladó a AFP Porvenir S.A., en tanto que fue abordado por un asesor que sin ningún tipo de información y omitiendo su obligación de asesorar y comunicar adecuadamente sobre las implicaciones del traslado, haciéndola incurrir en error, culminó con su traslado de régimen a través de la firma de un formulario de afiliación. (Expediente digital, PDF 01 Cuaderno principal – Ordinario, págs. 50 a 66)

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (EXP 08); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3.1. Colpensiones. En su respuesta se opuso a la totalidad de las pretensiones de la demanda aduciendo que el actor se encuentra válidamente afiliado al RAIS y no probó error, fuerza o dolo en la afiliación a la administradora privada. Refirió que el traslado de aportes se realizó con plena voluntad del cotizante, suscribiendo así el formulario de afiliación en el año 1997, cumpliendo con los requisitos establecidos por las sentencias C-1024 de 2004 y C-789 de 2002, basadas en el artículo 2 de Ley 797 de 2003 que modificó el literal "e" del artículo 13 de la Ley 100 de 1993. Propuso como excepciones de mérito las que denominó inexistencia del derecho y de la obligación, excepción de error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas y genérica. (Expediente digital, PDF 05 folio 53 a 122, págs. 15 a 31)

3.2. AFP Porvenir S.A. Mediante auto adiado 29 de marzo de 2022 se tuvo por no contestada la demanda.

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 31 de agosto de 2022, en la que el fallador de primer grado declaró la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, en consecuencia, ordenó a Colpensiones autorizar el traslado del demandante en las mismas condiciones pensionales que tenía al momento de haber sido traslado al RAIS. Condenó a la AFP Porvenir S.A. trasladar la totalidad de los aportes realizados, junto con los rendimientos financieros, frutos e intereses, bono pensional y gastos de administración, además de cualquier monto recibido con motivo de la afiliación del convocante, sin que le sea dable efectuar descuento alguno de la cotización total realizada por el accionante. Declaró que Colpensiones puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional del demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto. Por último, no gravó en costas a ninguna de las partes.

Para arribar a tal decisiva sostuvo que Colpensiones es una entidad financiera de carácter especial, vinculada al Ministerio de Trabajo, cuya finalidad es la de otorgar derechos y beneficios establecidos por el sistema general de seguridad social, consagrado en el artículo 48 de la Constitución Política y de conformidad con lo establecido en el Decreto 40 y 91 de 2011. Citó las sentencias de radicación 56174 de 2019, SL 12136 de 2014, SL 17595, SL19447 de 2017, SL1452, SL1688, SL1689, SL3464 y SL4360 de 2019, para precisar que las administradoras de pensiones tenían la obligación de brindar información suficiente, clara, comprensible y oportuna sobre las características de los dos regímenes pensionales y las consecuencias reales de abandonar el régimen en el que se encontraba vinculado, con el fin de que pudiera tomar decisiones informadas.

Precisó que la vinculación al fondo privado de pensiones fue producto de un engaño, además, que la suscripción del formulario no puede entenderse como un consentimiento informado, por tanto, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información, debiéndose por tanto ordenar que retorne al régimen de prima media, con la consecuente declaratoria de ineficacia del acto.

5. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la decisión, **Colpensiones** interpuso recurso de apelación señalando que el traslado de los aportes que realizó el demandante lo hizo con plena voluntad, misma que se vio ratificada con los más de 20 años de cotizaciones realizadas al RAIS. Refirió que de conformidad con la Ley 797 de 2003, se establece la libre escogencia entre regímenes pensionales y la posibilidad de trasladarse entre regímenes cada 5 años, derecho que se limitó en el Decreto 3800 de 2003 en el sentido de que cuando el afiliado le falte 10 años o menos para alcanzar la pensión, salvo los afiliados que tuvieran 15 años cotizados a la entrada en vigor del sistema general de pensiones, esto es, el 1° de abril del 94 podrán trasladarse.

Trajo a colación las sentencia C-1024 de 2004, cuyo contenido se reproduce en la sentencia C 062 de 2010, consistentes en que, con el fin de evitar la descapitalización del fondo común del régimen de prima media, no se permite a las personas que no han contribuido al fondo ser tenidas en la realización del cálculo actuarial para determinar la suma que representará en el futuro y pago de sus pensiones y reajustes económico; por ende, ponen en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes, al ser trasladadas sin tener facultad legal para ello. Manifestó que la AFP Porvenir S.A. al momento del traslado realizó la asesoría correspondiente conforme a las normas que regulaban la materia al momento del traslado.

6. Alegatos de conclusión

6.1. Demandante. Alegó en su favor aduciendo que no le fue entregada información completa y clara por parte de las demandadas, de manera que es procedente la ineficacia

del traslado de régimen, al violar la libertad informada y el buen consejo que parte de la omisión en el deber de informar todos y cada uno de los riesgos existentes para el futuro cliente, los cuales son de relevancia a la hora de tomar la decisión.

6.2. Colpensiones. En su escrito de alegaciones refirió que el traslado de los aportes se realizó con plena voluntad de la cotizante, quien por decisión propia la solicitó suscribiendo los formularios para efectuarlo, voluntad que se vio ratificada con los más de 20 años que ha realizado cotizaciones al RAIS.

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 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 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 accionante se trasladó de régimen?; (iii) ¿La AFP privada está obligada a devolver a Colpensiones las 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 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 01 de enero de 2002, 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 Ángel Marcelino Bravo Acosta empezó a cotizar al régimen de prima media con prestación definida desde el 5 de marzo de 1993, con cotizaciones hasta 30 de noviembre de 1994, conforme aparece en la historia laboral expedida por Colpensiones (Expediente digital, PDF 09 HL ÁNGEL MARCELINO); quien posterioridad suscribió formulario de afiliación núm. 00937968 el 15 de agosto de 1997 con AFP Porvenir S.A. (Expediente digital, PDF 12 - MEM J01 2020 116 ÁNGEL MARCELINO BRAVO vs PORVENIR.), donde se encuentra actualmente según su historia laboral de cotización.

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 y 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. Por último, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

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

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que un afiliado al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a él sino a la administradora de fondo de pensiones dar cuenta de que brindó información, con las características de 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 1997-, debe recodarse 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:

Etapa acumulativa	**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, 15 de agosto de 1997, 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.

La información en los términos anotados no fue brindada por parte de la AFP codemandada, pues no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir que para el momento del traslado se le dio explicación al actor acerca de las diferentes modalidades de pensión, su cálculo, las pérdidas o ganancias en lo que al rendimiento podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, el porcentaje que se destina para gastos de administración y seguros previsionales, los casos en que procede la devolución de aportes, las variables que podía tener la prestación con el paso del tiempo y demás aspectos a los que se hizo mención, los cuales se han dejado sentados por nuestra CSJ en una sólida línea jurisprudencial frente al tema.

En este punto, debe dejarse claro la Corte en reciente pronunciamiento vertido en sentencia SL 3685 de 2020, señaló que el diligenciamiento del formulario de vinculación a una Administradora del Sistema de Seguridad Social en Pensiones produce el efecto de la afiliación, con independencia de las cotizaciones a ésta sufragadas, de manera que dichos aportes no constituyen un requisito de validez del acto jurídico. Además, indicó la Corte al reiterar la sentencia bajo el radicado SL 413-2018, que *"(…) las cotizaciones no son un requisito de validez del acto jurídico de su afiliación, aunque sí puede llegar a ser clara señal del compromiso de un trabajador de pertenecer a un régimen pensional en casos dudosos (…)"*.

En adición a lo anterior, 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 especifica 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 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, pues es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que se le debió garantizar al actor 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 circunstancias pues esto no releva a la entidad de su obligación legal, y por esa vía se despacha negativamente la alzada en este aspecto.

Finalmente, debe acotar la Sala 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 de 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. 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 aquél a ésta a fin de que reposen en la historia laboral de la entidad, quien está en obligación de activarlo en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su sostenibilidad financiera, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual del 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-).

8. Consecuencias que conlleva la ineficacia del traslado- devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos. Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adoctrinado, entre otras, en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros.** Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del **porcentaje destinado a seguros previsionales** y a **constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima** (CSJ SL 2208-2021 y SL 1637-2022).

Ahora, como en la sentencia de primer grado no congloba de manera expresa la devolución de esos conceptos, habrá de adicionarse la sentencia en ese sentido. Adicionalmente, se ordenará que tales conceptos, como los demás ordenados por la 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.

9. 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.

10. Costas en segunda instancia. En segunda instancia se impondrá costas a cargo de Colpensiones y a favor de la parte demandante, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado.

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 el numeral segundo de la sentencia proferida el 31 de agosto de 2022, por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá, y, en consecuencia, **ORDENAR** a la **AFP PORVENIR S.A.** devolver a Colpensiones comisiones y porcentajes destinados a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima

que en su momento descontaron de la cuenta de ahorro individual de la actora, ordenando que dichos conceptos, así como los demás señalados por la A quo se devuelvan debidamente indexados, conforme a lo motivado.

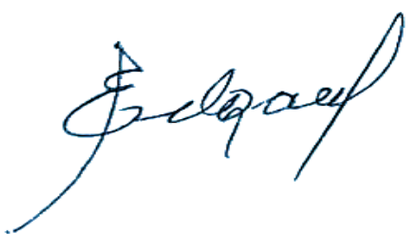
SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia en todo lo demás, de conformidad con la parte motivada de este fallo.

TERCERO: CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia en favor del demandante y a cargo de 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

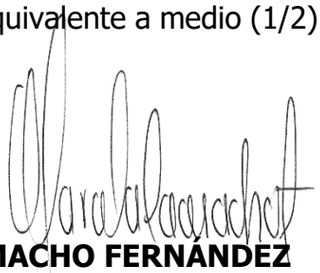


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

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

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor del demandante y a cargo de la demandada Colpensiones el equivalente a medio (1/2) SMMLV, esto es, la suma de $500.000.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada