

República de Colombia



Libertad y Orden

**Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL**

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	110013105039202100272-01
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	LUZ HELENA MÉNDEZ RIVERA
DEMANDADO	- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES - ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

En Bogotá D. C. a los Treinta y uno (31) días del mes de octubre de dos mil veintitrés (2023), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA:

ANTECEDENTES

Pretende la señora **LUZ HELENA MÉNDEZ RIVERA se declare** la ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida (en adelante RPM) al de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS) realizado a través de la AFP Porvenir, por omisión al deber de información; en consecuencia, se le **condene** a trasladar a Colpensiones todos los valores que hubiese recibido por motivo de su afiliación, como cotizaciones y bonos pensionales con todos los rendimientos generados, sin descontar gastos de administración o cualquier otro concepto; que se **ordene** a Colpensiones activar su afiliación en el RPM y actualizar su historia laboral; que se **condene** a las demandadas a lo que resulte probado ultra y extra petita, a las costas y agencias en derecho.

Como hechos fundamento de las pretensiones (archivo 01, carpeta 1ª inst. exp. digital), señaló en síntesis, que se afilió al ISS el 02 de marzo de 1987; que se trasladó al RAIS a través de la AFP Porvenir S.A. el 30 de diciembre de 1998, pero

que el asesor de este fondo no le dio información completa, veraz, adecuada, suficiente y cierta respecto de las prestaciones económicas de cada régimen pensional, sobre las consecuencias de su traslado al RAIS y las implicaciones en su futuro pensional; que no le entregaron proyecciones, ni comparativos de lo que sería su mesada pensional en el RPM y en el RAIS; tampoco información acerca de: i) hasta qué edad debía cotizar y sobre que salarios para alcanzar una mesada igual o equivalente a la que recibiría en el RPM; ii) cuanto capital debía ahorrar para tener una pensión de SMMLV; iii) los requisitos para pensionarse de forma anticipada; iv) su derecho de retracto; y v) que era beneficiario del régimen de transición y que al trasladarse al RAIS perdería este.

Agregó que, por el contrario le indicaron que: i) podría pensionarse a una edad más temprana que en el ISS; ii) que la mesada pensional sería más alta en el fondo privado; iii) que sus aportes generarían un rendimiento que le permitiría tener una mesada pensional superior; iv) que el RPM iba a desaparecer, por lo que sus aportes estaban en riesgo.

Narró que, solicitó ante Colpensiones la anulación de su traslado al RAIS, pero esa entidad le dio respuesta negativa; que en Colpensiones le correspondería una mesada pensional de \$4.238.548 siendo inferior la que le ofrecieron en Porvenir; que nació el 12 de enero de 1958, por lo que tenía más de 35 años de edad al 1° de abril de 1994, y más de 750 semanas a la entrada en vigor del Acto Legislativo 01 de 2005, por lo que tenía derecho a pensionarse con régimen de transición.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (archivo 07, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de afiliación a esa entidad, que petitionó la anulación de su vinculación al RAIS, pero la misma se negó, y su data de nacimiento; frente a los demás, indicó que no le constaban por corresponder a un tercero.

Propuso como excepciones de fondo, las de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de 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.

La **AFP PORVENIR S.A.**, contestó (archivo 06 carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó únicamente el traslado de régimen pensional realizado a través de esa AFP el 30 de diciembre de 1998, frente a los demás, indicó que no le constaban por corresponder a un tercero o que no eran ciertos. Aclaró que, la demandante suscribió el formulario de afiliación con la AFP PORVENIR S.A., de forma libre, voluntaria, espontánea y sin injerencia de terceros, que en ese momento brindó información clara, oportuna, suficiente y cierta, y en cumplimiento de su deber de información y actuando dentro de la buena fe objetiva, presentó a cabalidad el funcionamiento, condiciones y características del RAIS, el cual existe paralelamente con el RPM, exponiendo todas las características y condiciones propias de cada sistema de acuerdo con lo establecido en el numeral 1 del artículo 97 del Decreto 663 de 1993.

Agregó que, la estructura y condiciones del RPM y del RAIS se encuentran cabalmente estipulados en la Ley 100 de 1993 y las demás normas complementarias, por lo que no resultaba plausible que la demandante alegara que no fue asesorada de manera completa, clara, veraz, oportuna, adecuada y suficiente sobre las características propias de los regímenes pensionales, y las diferencias entre cada uno de ellos al momento de suscribir el formulario de afiliación.

Planteó como excepciones de fondo, las de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa, inexistencia de la obligación y buena fe.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 02 de mayo de 2023 (archivo 21-22, carpeta 1ª inst. exp. digital), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR que el traslado que hizo la señora LUZ HELENA MÉNDEZ RIVERA del régimen de prima media al régimen de ahorro individual a través de PORVENIR S.A., y cuya efectividad comenzó a partir 01 de febrero de 1999 es ineficaz y, por ende, no produjo efecto alguno por lo que se deberá entender que la demandante jamás se separó del régimen de prima media.

SEGUNDO: CONDENAR a PORVENIR S.A a que transfiera a COLPENSIONES todas las sumas de dinero obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante con sus rendimientos y el bono pensional, el cual ya se encuentra redimido e incluido en la cuenta de ahorro individual, así mismo, las comisiones y gastos por administración, las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, estos últimos emolumentos debidamente indexados al momento del pago.

TERCERO: ORDENAR a COLPENSIONES que reciba los dineros que se habla en el numeral anterior, y reactive la afiliación de la demandante al régimen de prima media sin solución de continuidad.

CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones presentadas por las demandadas.

QUINTO: INFORMARLE a COLPENSIONES que podrá acudir a las acciones judiciales para obtener el resarcimiento de perjuicios en contra de PORVENIR S.A.

SEXTO: CONDENAR EN COSTAS a PORVENIR S.A. dentro de las cuales se deberá incluir como agencias en derecho la suma de dos millones trescientos veinte mil pesos (\$2.320.000).

Fundamentó su decisión, en que el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecía que la selección de uno cualquiera de los regímenes pensionales era libre y voluntaria por parte del afiliado, so pena de incurrir en las sanciones del artículo 271 de la misma ley, la cual puntualmente era dejar sin efecto la respectiva afiliación.

Sostuvo que, la decisión libre y voluntaria, no se trataba simplemente de plasmar la firma en un formulario de afiliación, sino que iba más allá, pues antes de firmar la AFP debió entregarle la información suficiente y transparente a ese afiliado, esto es, que sea objetiva (neutra), comparada entre los dos regímenes pensionales, y comprensible en el entendido que el potencial afiliado es un lego en materia pensional. Explicó que, siempre debía analizarse el caso concreto del posible afiliado, pues no bastaba con hacer una asesoría sobre aspectos generales, y además la información entregada debía ser clara, comprensible y oportuna, aclarando que la oportunidad era al momento del cambio de régimen o estando la persona vinculada a una AFP en cualquier momento previo a la prohibición legal de cambio de régimen.

Expuso que, la carga de la prueba en estos casos le correspondía a la AFP conforme el artículo 1604 del CC, por cuanto la demostración de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo, es decir, a quien ofrece el servicio, pues este es el experto en la materia y de acuerdo con el artículo 167 del CGP, que estipula que las negaciones indefinidas no requieren prueba, correspondiéndole probar el hecho positivo a la parte contraria, argumento que fundó en la sentencia CSJ SL5680-2021.

Advirtió que, en este caso Porvenir no cumplió con la carga probatoria que le imponían las normas, ya que al proceso no se arrimó ninguna prueba que evidencie que para 1998, cuando se hizo el cambio de régimen pensional, Porvenir le hubiese brindado una información suficiente y transparente, concluyendo que a la actora no se le había ilustrado sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

Indicó que, el formulario de afiliación por sí solo no podía servir para establecer efectivamente las informaciones y el cumplimiento de ese deber de información en la forma como ha sido desarrollada por la jurisprudencia (sentencia CSJ SL1637-2022), pues allí solo se relacionaba información de carácter personal, sin que de su lectura se extrajera las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales. Que del interrogatorio de parte que absolvió el actor, se evidenciaba que la información dada a ella por los asesores de Porvenir solo fue respecto de obtendría una mesada pensional mejor que en el ISS, y que le hablaron de sus beneficiarios, aspectos que no permitían tener por probado el deber de información.

Concluyó que, declarar la ineficacia del traslado de régimen realizado en 1998 a la AFP Porvenir, quien deberá enviar todos los dineros de la cuenta de ahorro individual junto con los rendimientos y bono pensional de haberse redimido el mismo, junto con los gastos de administración, comisiones, seguros previsionales y el porcentaje que va para la garantía de la pensión mínima desde el momento en que se hizo efectivo el traslado hasta el momento que se cumpla esta sentencia.

RECURSO DE APELACIÓN

La AFP Porvenir S.A., interpuso recurso de apelación solicitando se revoque la totalidad de las condenas a ella impuestas, argumentando que el formulario de afiliación suscrito el 30 de diciembre de 1998 por la demandante era prueba suficiente de su voluntad de vincularse y permanecer en el RAIS. Agregó que, esa AFP a la fecha no podía constituir pruebas documentales adicionales para acreditar ese deber de información a 1998; que para esa anualidad no estaba en cabeza de la AFP documentar la información brindada a la actora, ya que solo se exigía el formulario referido.

Expuso que, se apartaba de los efectos de la declaratoria de ineficacia, pues si bien debían existir unas restituciones mutuas respecto de Colpensiones, en este asunto esa AFP había actuado como un agente oficioso, pues terminó administrando negocios de otro, por lo que luego de declararse la ineficacia Colpensiones recibe rendimientos superiores a los que hubiese obtenido de haberse gestionado esos recursos en el RPM. Agregó que estos rendimientos cubrían con creces la indexación a la cual se le estaba condenando.

Refirió que, los gastos de administración y las primas de seguros previsionales tenían un respaldo legal y una destinación específica conforme el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, los cuales ya se habían agotado, pues la actora había estado cubierta por los riesgos de invalidez y muerte hasta esta data, y los gastos de administración se habían generado mes a mes, para la gestión de los recursos y generación de rendimientos financieros.

COLPENSIONES interpuso recurso de apelación argumentando que la actora no cumple con los requisitos para trasladarse de régimen pensional de acuerdo con los preceptos legales y jurisprudenciales; no se acreditó que hubiese existido algún tipo de engaño por parte de la AFP que diera paso a declarar la ineficacia del traslado; que debía tenerse en cuenta que dentro de las oportunidades legales nunca manifestó, deseo alguno de retractarse de su vinculación al RAIS, por lo que debe asumir las consecuencias legales de tal decisión.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación presentado por la AFP Porvenir y Colpensiones, así como en el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última en lo no apelado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del CPTSS.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual que hizo la demandante a través de la AFP Porvenir, es ineficaz por falta de información, y si como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a COLPENSIONES todos aportes realizados por la actora en el RAIS.

En el presente asunto no es materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: *i*) que la señora LUZ HELENA MÉNDEZ RIVERA nació el 28 de enero de 1958; *ii*) que se afilió al ISS donde aportó desde el 02 de marzo de 1987, hasta el 28 de febrero de 1999, un total de 567,86 semanas según historia laboral expedida por Colpensiones el 15 de septiembre de 2019 (f.º 59 archivo 01, carpeta 1ª inst, exp. Digital); y *iii*) que el **30 de diciembre de 1998**, se trasladó al RAIS mediante la suscripción de un formulario de vinculación con la AFP Porvenir, el que se hizo efectivo

a partir del 1° de febrero de 1999 (archivo 08, carpeta 1ª inst. exp. Digital), AFP en la que se encuentra actualmente.

INEFICACIA DEL TRASLADO

Ha sostenido la alta Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral que, cuando el conflicto suscitado tiene como origen la omisión de información al afiliado por parte de la AFP en el momento de traslado de régimen pensional debe analizarse desde la figura jurídica de la ineficacia, puesto que al transgredirse el derecho a que el cambio de régimen pensional sea libre y voluntario, el efecto jurídico previsto por el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, no es otro que el de la ineficacia de la afiliación sin perjuicio de que adicionalmente solicite el resarcimiento de perjuicios que considera se le causaron (CSJ SL3871-2021, CSJ SL 3611-2021, CSJ SL3537-2021 y CSJ SL 1565 - 2022). Por consiguiente, no es necesario que se configure un vicio en su consentimiento por error de hecho, fuerza o dolo, puesto que al tratarse de ineficacia del traslado debe centrarse en establecer si la administradora de pensiones cumplió con su deber de información en el momento que el afiliado tomó la decisión de cambiarse de sistema pensional.

Igualmente se fijó por esa Corporación que es a las administradoras de pensiones a quienes les corresponde acreditar el cumplimiento del deber de información, pues exigir al afiliado una prueba del incumplimiento por parte de la AFP al deber de información es un despropósito, en la medida que la alegación de no recibir información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuar el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; además, estableció que la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento, y finalmente explicó que no era razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación tienen una clara preeminencia respecto al afiliado lego, a tal punto que la legislación considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en desfavor de los consumidores financieros (artículo 11, literal b), Ley 1328 de 2009) (CSJ SL1452-2019).

Así mismo, ha indicado la Sala de Casación Laboral de la CSJ que el fondo privado cumple con su deber de información cuando la asesoría brindada para el momento en

que el afiliado decide trasladarse contiene una información suficiente, transparente, cierta y oportuna, es decir, cuando se hace una adecuada ilustración sobre las características, condiciones, consecuencias, riesgos, ventajas y desventajas de la determinación de cambio de régimen pensional, deber que ha existido desde la creación de las sociedades administradoras de fondos de pensiones y cuyo cumplimiento permite que la elección de cualquiera de los regímenes pensionales sea libre y voluntaria conforme lo ordena el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 (CSJ SL755-2022, CSJ SL3349-2021 y CSJ SL1565 - 2022).

En ese sentido, precisó dicha Corporación que no puede argüirse que *«existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; **de allí que desde el inicio** haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito»* (CSJ SL12136-2014, CSJ SL1467-2021). Igualmente, resaltó que el Decreto 663 de 1993, *«Estatuto Orgánico del Sistema Financiero»*, aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.º del artículo 97, la obligación de las mismas de *«suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado»*, haciendo alusión a la Ley 795 de 2003, *«Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones»*, en la cual se recalca en su artículo 21, ese deber **preexistente** de información a cargo de las AFP, en el sentido que la información suministrada tenía como propósito no solo evaluar las mejores opciones del mercado sino también la de *«poder tomar decisiones informadas»*.

Concluyó la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral que, desde su fundación, las AFP tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses.

Sobre el particular, cabe traer a colación, lo dicho en la sentencia CSJ SL4025-2021, en la que se expuso:

Esta Corte desde hace varios años, ha puntualizado, que la información que se ha de proporcionar al afiliado (a), debe efectuarse bajo la óptica de que quien la brinda sabe de su importancia y valor, a fin de orientar a este en aquellos aspectos que pueden acarrear consecuencias mayúsculas, como es el caso del cambio de régimen, evento en el que la

administradora tiene el deber del buen consejo, de ilustración suficiente, dándole a conocer las diferentes alternativas, lo que en todo caso, va más allá de una simple información o diligenciamiento de un formulario de vinculación o traslado, aspectos que precisamente son de los que se duele el demandante, no acontecieron en su caso.

Así las cosas, en cuanto al deber de información exigible a las AFP, se ha considerado que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de las AFP, se estableció en cabeza de estas el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, acerca de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas (CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019, CSJ SL4360-2019, CSJ 2611-2020, CSJ SL4806-2020, entre otras).

Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria (1993-2009), al de asesoría y buen consejo (2009-2014), y finalmente al de doble asesoría (2014- en adelante). Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido (sentencia CSJ SL4062-2021).

Así, para la fecha en la que la accionante se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad –**30 de diciembre de 1998**-, la obligación de la AFP se enmarcaba en el primer periodo, según el cual debía entregar información suficiente y transparente que le permitiera elegir «*libre y voluntariamente*» la opción que mejor se ajustara a sus intereses (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019), conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 -posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003-, lo cual implicaba la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

Conforme lo anterior, la AFP Porvenir que fue la que propició el acto del traslado de régimen pensional tenía el deber de asesoría e información suficiente y transparente, pues desde la creación del sistema el legislador previó el derecho de toda persona a elegir libre y voluntariamente el régimen pensional, lo cual no puede desconocerse, atentarse o impedirse en cualquier forma, so pena de las sanciones de que trata el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 y que la afiliación quede sin efecto, esto es, que se produzca su ineficacia, lo que ocurre justamente cuando la AFP omite su deber de información, tal y como lo ha señalado la Corte (CSJ SL4360-2019).

Ahora bien, aun cuando en el expediente obra el formulario de solicitud de afiliación de la AFP suscrito el **30 de diciembre de 1998**, de él solo se advierte la fecha de su diligenciamiento, los datos personales y laborales del accionante, de modo que únicamente da cuenta de una exigencia requerida para el ingreso de un afiliado con la fórmula pre-impresa en la casilla destinada a la firma, sin que del mismo pueda concluirse que dicha AFP cumplió con el deber de suministrar al afiliado una ilustración suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna sobre las implicaciones de abandonar el esquema de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras.

Además, se pone de presente que la Corte Suprema de Justicia también ha señalado que no basta con la suscripción del formulario de afiliación, para darle plena validez al traslado, porque la *«[...] firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado»* (CSJ SL1688-2019, reiterada en la CSJ SL1741-2021, donde se rememoran las sentencias CSJ SL1452-2019, CSJ SL1421-2019, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL19447-2017).

En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados, o porque le realizaron una reasesoría como en este asunto, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad.

En consonancia con lo antes señalado, debe resaltar la Sala que, desde la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, se ha sostenido que, una vez acreditada la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual, el acto jurídico no se torna en eficaz por los cambios que los afiliados hagan entre administradoras privadas o **porque no hayan expresado inconformidad alguna con el sistema habiendo permanecido en el mismo**, lo que ha sido reiterado entre otras en las providencias CSJ SL2877-2020, CSJ SL1942-2021, CSJ SL1949-2021 y CSJ SL1623-2022.

Tampoco puede admitirse que actualmente está inmerso en la prohibición legal de que trata el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 y que por ello no es dable declarar la ineficacia, porque esta se generó al momento del traslado inicial año 1998.

Bajo el anterior contexto, resulta claro que las administradoras de pensiones, no cumplieron con el deber de información suficiente, clara, comprensible y oportuna sobre las características de los dos regímenes pensionales y las consecuencias que implicaba el retirarse del RPM al que se encontraba afiliado, carga probatoria que a ellas les correspondía como se tiene adoctrinado por nuestro máximo órgano de cierre (CSJ SL1565-2022, CSJ SL1055-2022, CSJ, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4426-2019, CSJ SL4806-2020 y CSJ SL4062-2021); en consecuencia, como ello no se acreditó, conduce a que **el traslado se torne ineficaz**, como acertadamente lo concluyó el juez de primer grado, por lo que habrá de confirmarse su decisión en lo relativo a este punto.

En lo que respecta a los **gastos de administración, las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia** y demás emolumentos ordenados devolver por parte de los fondos de pensiones privados, cabe reseñar que la figura jurídica de la ineficacia del traslado, supone que el mismo nunca ocurrió; es decir, debe entenderse que no existió el cambio al sistema privado de pensiones, lo que conduce a retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, como si el acto jurídico no hubiese existido, como efectos *ex tunc* (desde siempre). Bajo ese horizonte, resulta totalmente válido, que se disponga que las AFP privadas, trasladen a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, gastos de administración, primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, entre otros, con cargo a sus propias utilidades, tal y como lo ha admitido la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, pudiéndose traer a colación la sentencia CSJ SL1467-2021, en la que adoctrinó:

[...] en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al RAIS, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.

Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado 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 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 SL4964-2018, CSJ

SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJ SL2877-2020 y CSJ SL4811-2020). (Subrayadas fuera del texto original).

En similar sentido, en providencia CSJ SL1795-2017, reiterada en la CSJ SL4025-2021, entre muchas otras, se asentó:

*“La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, **sumas adicionales de la aseguradora**, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.*

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.

Cabe agregar, que por vía jurisprudencial se ha aceptado que los fondos de pensiones también deben devolver a Colpensiones las «*primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos*» (CSJ SL1055-2022, entre muchas otras); como en este caso, ello fue ordenado por el juez de primer nivel, se **confirmará** la decisión de primer grado.

Lo anterior, no genera ningún detrimento ni un desequilibrio para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, dado que, la ineficacia del traslado de régimen del demandante implica, como ya se dijo, la devolución de todos los dineros por él aportados al RAIS más sus rendimientos, frutos e intereses que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de esta 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 (CSJ SL 4911-2019).

PRESCRIPCIÓN

En cuanto a la excepción de prescripción que propusieron las demandadas, esta Sala ha manifestado reiteradamente que la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible porque se trata de un estado jurídico que no está sujeto a aquel fenómeno extintivo, a diferencia de lo que sucede con los derechos de crédito (CSJ SL1688-2019, reiterada en CSJ SL4360-2019).

Frente a las demás excepciones propuestas por la parte pasiva, se declararán no probadas como quiera que la ineficacia del traslado salió adelante.

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de las recurrente AFP Porvenir S.A., y Colpensiones, como quiera que sus recursos de alzada no prosperaron de conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del CGP.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia consultada y apelada emitida por Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá el 02 de mayo de 2022.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de las recurrente AFP Porvenir S.A., y Colpensiones.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

AUTO DEL PONENTE:

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de las recurrentes AFP Porvenir S.A., y Colpensiones la suma de \$1.160.000, para cada una.



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

República de Colombia



Libertad y Orden

Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	110013105039202100459-01
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	ANA MATILDE MURILLO
DEMANDADO	<ul style="list-style-type: none"> - ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES - ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. - ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

En Bogotá D. C. a los Treinta y uno (31) días del mes de octubre de dos mil veintitrés (2023), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA:

ANTECEDENTES

Pretende la señora **ANA MATILDE MURILLO se declare** la ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida (en adelante RPM) al de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS) realizado a través de la AFP Protección, y posteriormente a la AFP Porvenir, por omisión al deber de información. En consecuencia, se **condene** a las AFPs demandadas a trasladar a Colpensiones la totalidad de los dineros que se encuentren depositados en la cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos financieros y gastos de administración sufragados por la demandante; que se **ordene** a Colpensiones activar su afiliación en el RPM y actualizar su historia laboral; que se **condene** a las demandadas a las costas y agencias en derecho.

De forma subsidiaria, peticionó se declare que las AFP Protección y Porvenir omitieron su deber de información; que la demandante con la mesada pensional otorgada en el RAIS no puede suplir sus necesidades básicas conforme a su estatus de vida. En consecuencia, se condene a la AFP Porvenir S.A., reconocer y pagar a título de indemnización, las diferencias proyectadas a futuro de la prestación económica de vejez que pudo disfrutar en el RPM en relación con la mesada que percibiría en el RAIS, ello conforme el índice de probabilidad de vida establecido por el Dane desde el momento de la causación de la prestación y hasta la fecha de deceso según las tablas de mortalidad del Departamento de estadística.

Como hechos fundamento de las pretensiones (archivo 01, carpeta 1ª inst. exp. digital), señaló en síntesis, que nació el 12 de abril de 1964; que se vinculó laboralmente desde el 13 de marzo de 1985, acreditando los siguientes tiempos de servicios y sus aportes en pensiones:

EMPLEADOR	ENTIDAD	DESDE	HASTA	DIAS
FERRETERIA CLEMENTE SUAREZ	ISS	13/03/1985	28/02/1991	2.179
KLAJONA Y CIA LTDA	ISS	18/04/1991	31/07/1991	105
PUBLICIDAD ASER LTDA	ISS	30/09/1991	31/12/1993	824
TOP MEDICAL SYSTEMS S.A.	ISS	1/01/1994	30/06/1998	1.642
TOP MEDICAL SYSTEMS S.A.	PROTECCIÓN S.A.	1/07/1998	30/04/2000	660
TOP MEDICAL SYSTEMS S.A.	PORVENIR S.A	1/05/2000	30/09/2021	7.710
TOTAL DIAS APORTADOS AL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES				13.120
TOTAL SEMANAS COTIZADAS AL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES				1.874.28

Narró que, el 13 de mayo de 1998, se trasladó al RAIS a través de la AFP Protección S.A., debido a la persuasión de sus asesores, quienes le prometieron beneficios como pensionarse anticipadamente e incluso que su prestación de vejez sería más alta que la reconocida por entidades administradoras del RPM, pero que estos omitieron brindarle información clara, completa, comprensible y veraz, sobre: *i)* la forma como se edificaba el derecho pensional, tanto en el régimen de prima media como en el de ahorro individual; *ii)* los distintos escenarios comparativos de pensión en uno u otro régimen pensional; *iii)* cómo funcionaba la rentabilidad en el sistema de administradoras de pensiones privadas; *iv)* las ventajas o desventajas de permanecer en el régimen de prima media con prestación definida; y *v)* la posibilidad de retracto en forma escrita y no verbal. Agregó que no le entregaron el reglamento de ese fondo privado, y que esa AFP tenía conocimiento de que para esa data ya tenía acreditadas 679 semanas en el RPM.

Expuso que, el 13 de marzo de 2000, se trasladó a la AFP Porvenir, ante una campaña agresiva de captación y afiliación en la empresa donde ella laboraba, que los asesores de esa AFP le aseguraron que además de las ventajas y beneficios ofertados por Protección S.A, su mesada pensional sería aún más alta, en la medida que la rentabilidad en esta era superior, resultando equivalente al salario que percibía en ese momento; que no le entregaron copia del formulario de afiliación, que ni en ese momento ni en el transcurso de su vinculación con Porvenir ha recibido asesoría profesional completa y comprensible, sobre las diferentes alternativas para la elección de su modalidad pensional; que no le informaron la posibilidad de retornar al régimen de prima media; que en el año 2021, esa AFP le indicó que el valor de su mesada pensional sería un poco más de un SMMLV, que solo podría pensionarse a los 60 años porque su bono pensional debía hacer canje.

Señaló que, por cuenta propia a través de estudios actuariales le realizaron un comparativo de su prestación en el RPM y en el RAIS al 30 de septiembre de 2021, data en que tenía 57 años de edad, arrojando que en el primero de ellos sería de \$2.540.577,34, y en el segundo de \$950.258, si elegía la modalidad retiro programado; que en agosto de 2021, solicitó ante la AFP Protección y Porvenir la anulación de su afiliación al RAIS, pero esas administradoras no accedieron a esta, peticionando ante Colpensiones su retorno al RPM, entidad que no le dio respuesta.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (archivo 06, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento de la demandante y la petición realizada el 9 de agosto de 2021, donde solicitó la nulidad del traslado al RAIS, a la cual no dio respuesta; frente a los demás, indicó que no le constaban por corresponder a un tercero.

Propuso como excepciones de fondo, las de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de 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.

La **AFP PROTECCION S.A.**, contestó (archivo 10, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento de la demandante; que el 13 de mayo de 1998, se trasladó al RAIS a través de esa AFP; que el 20 de agosto de 2021, solicitó la anulación de su vinculación al RAIS, la cual negó; frente a los demás, indicó a unos que no le constaban y a otros que no eran ciertos. Aclaró que, previo a la afiliación de la actora se le asesoró sobre la posibilidad de pensionarse de manera anticipada siempre que contara con el capital suficiente para ello, que se le explicó que en la liquidación de la pensión se tendrían en cuenta aspectos tales como, el capital ahorrado -aportes obligatorios, voluntarios y rendimientos financieros-, la existencia de un bono pensional y el valor del mismo, la edad de retiro, composición del grupo familiar, los beneficiarios, la expectativa de vida según la tabla de mortalidad de rentistas, el factor actuarial combinación expectativa de vida y factor financiero, la regulación de la Superfinanciera y el Ministerio de Hacienda y Crédito público para liquidar la mesada pensional; las características del RAIS vs las del RPM, como lo era, cuenta de ahorro individual vs fondo común, capital acumulado vs requisitos de edad y semanas de cotización, garantía de pensión mínima en el RAIS, devolución de saldos vs indemnización sustitutiva, y la distribución de sus cotizaciones en el RAIS, que con base en ese conocimiento firmó libre y voluntariamente el traslado a esa AFP.

Formuló como excepciones de fondo, 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 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, aplicación del precedente sobre los actos de relacionamiento al caso concreto sentencia CSJ SL3752-2020, traslado de aportes a Porvenir y la innominada.

La **AFP PORVENIR S.A.**, contestó (archivo 11 carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento de la actora; que se trasladó a esa AFP el 13 de marzo del 2000, y que petitionó la anulación de este, la cual negó; frente a los demás, indicó que no le constaban por corresponder a un tercero o que no eran ciertos. Aclaró que, al momento de su vinculación se brindó la información suficiente para generar en la demandante una decisión libre y voluntaria a fin de elegir el régimen que mejor se

ajustara a sus intereses, explicando las características, ventajas y desventajas del RAIS, en comparación con las condiciones propias del RPM. Agregó que, debía tenerse en cuenta que para la fecha del traslado no existía deber legal que estableciera la obligación en cabeza de los fondos de realizar proyecciones pensionales a sus afiliados; que a la AFP le era imposible realizar cálculos actuariales o simulaciones, en tanto que los datos necesarios para un cálculo aproximado a la realidad son variables, los que se determinan a la hora de consolidar el derecho pensional, información con la que no se contaba al momento de realizar el traslado de régimen.

Narró que, con independencia de la información otorgada al momento del traslado, las condiciones, características, ventajas y desventajas del RAIS se encontraban establecidas en la Ley 100 de 1993, por lo que la demandante pudo validar en cualquier momento el contenido de la información otorgada y demás aspectos que considerara necesarios.

Planteó como excepciones de fondo, las de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 30 de marzo de 2023 (archivo 17-18, carpeta 1ª inst. exp. digital), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR que el traslado que hizo la demandante ANA MATILDE MURILLO del régimen de prima media al régimen de ahorro individual a través de PROTECCIÓN S.A. y con efectividad a partir del 01 de julio de 1998 es ineficaz y, por ende, no produjo efecto alguno por lo que se deberá entender que jamás se separó el régimen de prima media, situación que también se debe entender frene al traslado que se hizo de PROTECCIÓN S.A. a PORVENIR S.A., cuya efectividad comenzó el 01 de mayo del 2000.

SEGUNDO: CONDENAR a PROTECCIÓN S.A. a que transfiera a COLPENSIONES todos los dineros que recibió por gastos de administración, comisiones, seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, todos estos emolumentos debidamente indexados al momento de efectuar el pago.

TERCERO: CONDENAR a PORVENIR S.A. que transfiera a COLPENSIONES todas las sumas de dinero obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con sus rendimientos, bono pensional de haberse redimido, así como los gastos de administración, comisiones, primas de seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, desde gastos de administración en adelante debidamente indexados al momento de cumplirse la orden.

CUARTO: ORDENAR a COLPENSIONES que reciba los dineros que tratan los numerales segundo y tercero, y reactive la afiliación de la demandante al régimen de prima media sin solución de continuidad.

QUINTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones presentadas por las demandadas.

SEXTO: INFORMARLE a COLPENSIONES que podrá acudir a las acciones judiciales para obtener los eventuales perjuicios que se puedan causar por la ineficacia en contra de PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A.

SÉPTIMO: CONDENAR EN COSTAS a PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A. dentro de las cuales se deberá incluir como agencias en derecho la suma de dos millones trescientos veinte mil pesos (\$2.320.000), se exonera a COLPENSIONES. Para la liquidación de las costas se deberá aplicar la regla sexta del artículo 365.

Fundamentó su decisión, en que el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecía que la selección de uno cualquiera de los regímenes pensionales era libre y voluntaria por parte del afiliado, so pena de incurrir en las sanciones del artículo 271 de la misma ley, la cual puntualmente era dejar sin efecto la respectiva afiliación.

Sostuvo que, la decisión libre y voluntaria, no se trataba simplemente de plasmar la firma en un formulario de afiliación, sino que iba más allá, pues antes de firmar la AFP debió entregarle la información suficiente y transparente a ese afiliado, esto es, que sea objetiva (neutra), comparada entre los dos regímenes pensionales, y comprensible en el entendido que el potencial afiliado es un lego en materia pensional. Explicó que siempre debía analizarse el caso concreto del posible afiliado, pues no bastaba con hacer una asesoría sobre aspectos generales, y además la información entregada debía ser clara, comprensible y oportuna, aclarando que la oportunidad era al momento del cambio de régimen o estando la persona vinculada a una AFP en cualquier momento previo a la prohibición legal de cambio de régimen.

Expuso que, la carga de la prueba en estos casos le correspondía a la AFP conforme el artículo 1604 del CC, por cuanto la demostración de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo, es decir, a quien ofrece el servicio, pues este es el experto en la materia y de acuerdo con el artículo 167 del CGP, que estipula que las negaciones indefinidas no requieren prueba, correspondiéndole probar el hecho positivo a la parte contraria, argumento que fundó en la sentencia CSJ SL5680-2021.

Advirtió que, en este caso ni Protección ni Porvenir habían cumplido con la carga probatoria que le imponían las normas, ya que al proceso no se arrió ninguna prueba que evidencie que estas brindaron una información suficiente y transparente,

concluyendo que a la actora no se le había ilustrado sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

Indicó que, si bien ambas AFPs habían aportado el formulario de vinculación respectivamente, estos por sí solos no podían servir para establecer efectivamente las informaciones y el cumplimiento de ese deber de información en la forma como ha sido desarrollada por la jurisprudencia (sentencia CSJ SL1637-2022), pues allí solo se relacionaba información de carácter personal, sin que de su lectura se extrajera las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales. Que del interrogatorio de parte absuelto por el actor, se evidenciaba que la información a ella dada por los asesores de Protección solo se limitó a que esa AFP era la mejor opción porque el ISS se iba a acabar; que lo ahorrado se podía pasar a sus beneficiarios, pues a las demás preguntas respondió que no le habían informado, luego no podía tenerse esta versión como una confesión del cumplimiento del deber de información en los términos requeridos.

Manifestó que, al expediente no se había traído prueba de que para 1998, la mejor opción para la demandante fuese pertenecer al RAIS como lo había afirmado la AFP Protección, pues no se le hizo una proyección pensional a esa data que permitiera concluir ello; que las AFPs demandadas no se preocuparon de hacer una afiliación eficaz explicándole si le convenía o no, en el caso de Protección cambiarse de régimen pensional, y en el caso de Porvenir continuar en el RAIS o retornar al RPM.

Concluyó que, declarar la ineficacia del traslado de régimen realizado en 1998 a la AFP Protección, y el que se realizó con posterioridad a la AFP Porvenir, quienes deberán enviar todos los dineros de la cuenta de ahorro individual junto con los rendimientos y bono pensional de haberse redimido el mismo, junto con los gastos de administración, comisiones, seguros previsionales y el porcentaje que va para la garantía de la pensión mínima desde el momento en que se hizo efectivo el traslado hasta el momento que se cumpla esta sentencia.

RECURSO DE APELACIÓN

La AFP Porvenir S.A., interpuso recurso de apelación solicitando se revoque la totalidad de las condenas a ella impuestas, argumentando que el traslado horizontal que realizó la demandante a esa entidad fue libre, voluntario y consciente tal como constaba en el formulario suscrito; que obró bajo el absoluto cumplimiento de lo preceptuado en el artículo 112 de la Ley 100 de 1993, esto era que una vez

diligenciado el formulario no se podía rechazar la voluntad de vinculación de la actora, máxime que ella ya se encontraba en el RAIS; que era claro que la señora Murillo había contado con el acompañamiento de asesores al momento del cambio de régimen y de su traslado horizontal, situación que ponía de presente porque el protocolo de Porvenir regulaba que debía explicarse las características esenciales del RAIS de manera verbal.

Expuso que, se apartaba de los efectos de la declaratoria de ineficacia, pues si bien debían existir unas restituciones mutuas respecto de Colpensiones, en este asunto esa AFP había actuado como un agente oficioso, pues terminó administrando negocios de otro, por lo que luego de declararse la ineficacia Colpensiones recibe rendimientos superiores a los que hubiese obtenido de haberse gestionado esos recursos en el RPM. Agregó que estos rendimientos cubrían con creces la indexación a la cual se le estaba condenando.

Refirió que, los gastos de administración y las primas de seguros previsionales tenían un respaldo legal y una destinación específica conforme el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, los cuales ya se habían agotado, pues la actora había estado cubierta por los riesgos de invalidez y muerte hasta esta data, y los gastos de administración se habían generado mes a mes, para la gestión de los recursos y generación de rendimientos financieros.

COLPENSIONES interpuso recurso de apelación argumentando que debía verificarse el interrogatorio de parte rendido por la actora, pues esta había contestado a algunas preguntas que no recordaba, lo que no daba certeza de que en realidad no se le hubiese brindado una información completa que permitiera declarar la ineficacia, circunstancia que no se debe tomar en favor de ella para afectar a las demandadas, máxime que las AFP allegaron los documentos que se exigían para que en esa época el traslado de régimen o de AFP fuera válido.

Consideró que, recibir a la demandante por efectos de la ineficacia, generaría una descapitalización al sistema pensional de reparto, tal como lo había explicado la Corte Constitucional, ya que la edad de la actora no se podía retrotraer, lo que implicaba esa afectación, por el simple hecho de recibirla en el RPM en este momento cuando ya estaba inmersa en la prohibición legal de traslado.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación presentado por la AFP Porvenir S.A. y Colpensiones, así como en el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última en lo no apelado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del CPTSS.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, de un lado, si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual que hizo la demandante a través de la AFP Protección S.A., y posteriormente a otras AFP, es ineficaz por falta de información, y si como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a COLPENSIONES los aportes realizados por la promotora del litigio en el RAIS.

En el presente asunto no es materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: *i)* que la señora ANA MATILDE MURILLO nació el 12 de abril de 1964; *ii)* que se afilió al ISS donde aportó desde el 13 de marzo de 1985, hasta el 31 de mayo de 1998, un total de 665,71 semanas según historia laboral expedida por Colpensiones el 23 de marzo de 2022 (archivo 13, carpeta 1ª inst, exp. Digital); *iii)* que el **13 de mayo de 1998**, se trasladó al RAIS mediante la suscripción de un formulario de vinculación con la AFP Protección, el que se hizo efectivo a partir del 1º de julio de igual año (archivo 10, carpeta 1ª inst. exp. Digital); y *iv)* que el 13 de marzo del 2000, realizó un traslado horizontal a la AFP Porvenir, el cual se hizo efectivo a partir del 1 de mayo del 2000, AFP en la que se encuentra actualmente (archivo 11, carpeta 1ª inst. exp. Digital).

INEFICACIA DEL TRASLADO

Ha sostenido la alta Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral que, cuando el conflicto suscitado tiene como origen la omisión de información al afiliado por parte de la AFP en el momento de traslado de régimen pensional debe analizarse desde la figura jurídica de la ineficacia, puesto que al transgredirse el derecho a que el cambio de régimen pensional sea libre y voluntario, el efecto jurídico previsto por el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, no es otro que el de la ineficacia de la afiliación sin perjuicio de que adicionalmente solicite el resarcimiento de perjuicios que considera se le causaron (CSJ SL3871-2021, CSJ SL 3611-2021, CSJ SL3537-2021 y CSJ SL 1565 - 2022). Por consiguiente, no es necesario que se configure un vicio en su consentimiento por error de hecho, fuerza o dolo, puesto que al tratarse de ineficacia del

traslado debe centrarse en establecer si la administradora de pensiones cumplió con su deber de información en el momento que el afiliado tomó la decisión de cambiarse de sistema pensional.

Igualmente se fijó por esa Corporación que es a las administradoras de pensiones a quienes les corresponde acreditar el cumplimiento del deber de información, pues exigir al afiliado una prueba del incumplimiento por parte de la AFP al deber de información es un despropósito, en la medida que la alegación de no recibir información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuar el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; además, estableció que la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento, y finalmente explicó que no era razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación tienen una clara preeminencia respecto al afiliado lego, a tal punto que la legislación considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros (artículo 11, literal b), Ley 1328 de 2009) (CSJ SL1452-2019).

Así mismo, ha indicado la Sala de Casación Laboral de la CSJ que el fondo privado cumple con su deber de información cuando la asesoría brindada para el momento en que el afiliado decide trasladarse contiene una información suficiente, transparente, cierta y oportuna, es decir, cuando se hace una adecuada ilustración sobre las características, condiciones, consecuencias, riesgos, ventajas y desventajas de la determinación de cambio de régimen pensional, deber que ha existido desde la creación de las sociedades administradoras de fondos de pensiones y cuyo cumplimiento permite que la elección de cualquiera de los regímenes pensionales sea libre y voluntaria conforme lo ordena el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 (CSJ SL755-2022, CSJ SL3349-2021 y CSJ SL1565 - 2022).

En ese sentido, precisó dicha Corporación que no puede argüirse que *«existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; **de allí que desde el inicio** haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito»* (CSJ SL12136-2014, CSJ SL1467-2021). Igualmente, resaltó que el

Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.º del artículo 97, la obligación de las mismas de «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado», haciendo alusión a la Ley 795 de 2003, «Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones», en la cual se recalca en su artículo 21, ese deber **preexistente** de información a cargo de las AFP, en el sentido que la información suministrada tenía como propósito no solo evaluar las mejores opciones del mercado sino también la de «poder tomar decisiones informadas».

Concluyó la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral que, desde su fundación, las AFP tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses.

Sobre el particular, cabe traer a colación, lo dicho en la sentencia CSJ SL4025-2021, en la que se expuso:

Esta Corte desde hace varios años, ha puntualizado, que la información que se ha de proporcionar al afiliado (a), debe efectuarse bajo la óptica de que quien la brinda sabe de su importancia y valor, a fin de orientar a este en aquellos aspectos que pueden acarrear consecuencias mayúsculas, como es el caso del cambio de régimen, evento en el que la administradora tiene el deber del buen consejo, de ilustración suficiente, dándole a conocer las diferentes alternativas, lo que en todo caso, va más allá de una simple información o diligenciamiento de un formulario de vinculación o traslado, aspectos que precisamente son de los que se duele el demandante, no acontecieron en su caso.

Así las cosas, en cuanto al deber de información exigible a las AFP, se ha considerado que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de las AFP, se estableció en cabeza de estas el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, acerca de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas (CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019, CSJ SL4360-2019, CSJ 2611-2020, CSJ SL4806-2020, entre otras).

Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria (1993-2009), al de asesoría y buen consejo (2009-2014), y finalmente al de doble asesoría (2014- en adelante). Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad,

por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido (sentencia CSJ SL4062-2021).

Así, para la fecha en la que la accionante se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad **-13 de mayo de 1998-**, la obligación de la AFP se enmarcaba en el primer periodo, según el cual debía entregar información suficiente y transparente que le permitiera elegir *«libre y voluntariamente»* la opción que mejor se ajustara a sus intereses (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019), conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 -posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003-, lo cual implicaba la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

Conforme lo anterior, la AFP Protección que fue la que propició el acto del traslado de régimen pensional tenía el deber de asesoría e información suficiente y transparente, pues desde la creación del sistema el legislador previó el derecho de toda persona a elegir libre y voluntariamente el régimen pensional, lo cual no puede desconocerse, atentarse o impedirse en cualquier forma, so pena de las sanciones de que trata el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 y que la afiliación quede sin efecto, esto es, que se produzca su ineficacia, lo que ocurre justamente cuando la AFP omite su deber de información, tal y como lo ha señalado la Corte (CSJ SL4360-2019).

Ahora bien, aun cuando en el expediente obra el formulario de solicitud de afiliación de la AFP suscrito el **13 de mayo de 1998**, de él solo se advierte la fecha de su diligenciamiento, los datos personales y laborales del accionante, de modo que únicamente da cuenta de una exigencia requerida para el ingreso de un afiliado con la fórmula pre-impresa en la casilla destinada a la firma, sin que del mismo pueda concluirse que dicha AFP cumplió con el deber de suministrar al afiliado una ilustración suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna sobre las implicaciones de abandonar el esquema de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras.

Además, se pone de presente que la Corte Suprema de Justicia también ha señalado que no basta con la suscripción del formulario de afiliación, para darle plena validez al traslado, porque la *«[...] firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de*

leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado» (CSJ SL1688-2019, reiterada en la CSJ SL1741-2021, donde se rememoran las sentencias CSJ SL1452-2019, CSJ SL1421-2019, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL19447-2017).

De otro lado, al revisar el interrogatorio rendido por la actora, conforme lo solicita Colpensiones en su alzada, encontramos que, esta informó que ingresó a laborar a la empresa Top Medical en el año 1993 y allí sigue en la actualidad; que en 199,8 más o menos, había aparecido fuertemente los fondos privados; que el primero que llegó a la empresa fue Protección, quien en una charla les dijo que el ISS se iba a acabar; que les prometieron muchos beneficios; que a ella particularmente le dijeron que se podía pensionar con el sueldo que tuviera; que era tanta la presión que los mismos asesores llenaron su formulario, le dieron pocillo, lapicero, regalos viéndose obligada a pasarse; al preguntarle si le hablaron de una cuenta de ahorro individual, dijo que no, que solamente recuerda que el ISS se iba a acabar y que si fallecía le darían la pensión a sus hijas sin importar la edad de ellas; que eso fue lo que realmente llamó su atención en ese momento; que creyó ciegamente en lo que le dijeron porque ellos eran los expertos en pensiones; que no usó los canales de comunicación de Protección ni presentó queja ni reclamación; que se pasó a Porvenir porque le ofrecieron los mismos beneficios que Protección pero era un fondo más fuerte; que no recuerda quien diligenció el formulario de la AFP Porvenir; que cree que fue el asesor; que cree que sí revisó la información antes de firmarlo; que recibió extractos de Porvenir; que no conocía el termino bono pensional ni aportes voluntarios; que para el momento del traslado no sabía nada de pensiones; que no recibió invitación a una re asesoría; que se vinculó a Porvenir voluntariamente; que el asesor de Porvenir no le explicó los requisitos para pensionarse en el RAIS, ni cómo podía pensionarse de forma anticipada; y que quería retornar a Colpensiones porque allí se pensionaría con una mesada más alta.

De lo anterior, se evidencia que la actora indicó que no le hablaron de una cuenta individual de ahorro, que solo recordaba que le dijeron que el ISS se iba a acabar y que si fallecía le darían la pensión a sus hijas sin importar la edad de ellas, y que no recordaba quien diligenció el formulario de vinculación a la AFP Porvenir, afirmaciones estas que no conllevan a poner en tela de juicio su versión, pues sobre el primer asunto dijo NO, es decir, no le explicaron dicho concepto, y frente al segundo, este nada aporta a si se cumplió con el deber de información o no, pues con independencia de quien hubiese llenado el formulario, lo importante es que el asesor la hubiese ilustrado acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y

desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos financieros que asumiría en cada modelo pensional.

En este orden, acorde con lo declarado por la promotora del litigio, no se observa una confesión en los términos del artículo 191 del CGP, esto es, que verse sobre hechos que produzcan consecuencias jurídicas adversas al confesante o que favorezcan a la parte contraria, como quiera que la demandante informa que Protección solo le dijo que el ISS se iba a acabar, y que su pensión podría ser pasada a sus hijas, luego ello de ninguna manera implica que hubiese confesado que el asesor de Protección en mayo de 1998, le hubiese dado una información adecuada, suficiente, clara, transparente y detallada acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos financieros que asumiría en cada modelo pensional, pues era su deber o su obligación dar a conocer toda la verdad objetiva de los dos regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro, circunstancias que Protección, debía probar en este proceso y no lo hizo.

En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados, como en el *sub lite* que la actora pasó de Protección a Porvenir, o porque le realizaron una reasesoría, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad.

En consonancia con lo antes señalado, debe resaltar la Sala que, desde la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, se ha sostenido que, una vez acreditada la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual, el acto jurídico no se torna en eficaz por los cambios que los afiliados hagan entre administradoras privadas o porque no hayan expresado inconformidad alguna con el sistema habiendo permanecido en el mismo, lo que ha sido reiterado entre otras en las providencias CSJ SL2877-2020, CSJ SL1942-2021, CSJ SL1949-2021 y CSJ SL1623-2022.

Y es que tampoco podría sostenerse que, al no haber retornado al RPM, es porque conocía a cabalidad las características del RAIS, y por ende, se concluya que su voluntad era permanecer en él, toda vez que lo que se debe verificar en estos eventos, es si al momento de surtirse el cambio inicial de régimen pensional de prima media al RAIS, al asegurado le fue dada la información suficiente para tomar la decisión de traslado, pues si ello no ocurrió, los actos posteriores no conducen a

convalidar tal irregularidad. Así se ha dicho por la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia CSJ SL1055-2022, que en lo pertinente dijo:

Precisamente en este punto la Corte advierte que la opositora Old Mutual S.A. sugiere que la afiliación entre regímenes privados es un acto de relacionamiento que implica su voluntad de permanecer al RAIS. Si bien el Tribunal no acudió expresamente a este argumento, lo cierto es que destacó que el afiliado tuvo la oportunidad de trasladarse en el periodo de gracia que estableció la Ley 797 de 2003 para retornar a Colpensiones y no lo hizo, lo que a su juicio ratificaba su voluntad de continuar en el RAIS.

*Pues bien, como se explicó en las sentencias CSJ SL5686-2021 y SL5688-2021, los argumentos de esta índole son inadmisibles pues desatienden que el eje central de estas discusiones está en determinar si al momento del traslado de prima media al RAIS la persona contó con información suficiente para tomar esa decisión. **En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad.** (Negrillas fuera del texto original).*

***De modo que no es dable siquiera sugerir que los posteriores traslados entre administradoras pueden configurar un acto de relacionamiento capaz de ratificar la voluntad de permanencia en ellas, como se infiere de las decisiones de la Sala de Descongestión de esta Corte CSJ SL249-2022 y SL259-2022. Nótese que, conforme la perspectiva explicada, esa voluntad de permanencia en el RAIS es inane dado que no desvirtúa el incumplimiento del deber de información y además ubica la discusión en actuaciones que estarían respaldadas en un acto jurídico ineficaz, esto es, el del traslado inicial.** (Negrillas fuera del texto original).*

Justamente lo anterior explica que la acción para demandar estos asuntos no sea la de nulidad -como también lo sugieren de forma equivocada aquellas providencias- sino la de ineficacia, en la cual, se reitera, lo relevante es determinar, sin más agregados, si la persona al momento de suscribir el acto de traslado de régimen pensional ha sido debidamente informada sobre las ventajas, desventajas y consecuencias de su traslado y permanencia en el RAIS.

Por tanto, nuevamente se enfatiza que este es el precedente vigente y en vigor de la Sala de Casación Laboral de esta Corte, y recoge cualquier otro que le sea contrario, en especial el condensado en aquellas providencias.

Tampoco puede admitirse que actualmente está inmerso en la prohibición legal de que trata el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, y que por ello no es dable declarar la ineficacia, porque esta se generó al momento del traslado inicial año 1998.

Bajo el anterior contexto, resulta claro que las administradoras de pensiones, no cumplieron con el deber de información suficiente, clara, comprensible y oportuna sobre las características de los dos regímenes pensionales y las consecuencias que implicaba el retirarse del RPM al que se encontraba afiliado, carga probatoria que a ellas les correspondía como se tiene adoctrinado por nuestro máximo órgano de cierre (CSJ SL1565-2022, CSJ SL1055-2022, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4426-2019, CSJ SL4806-2020 y CSJ SL4062-2021); en

consecuencia, como ello no se acreditó, conduce a que **el traslado se torne ineficaz**, como acertadamente lo concluyó la juez de primer grado, por lo que habrá de confirmarse su decisión en lo relativo a este punto.

En lo que respecta a los **gastos de administración, las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia** y demás emolumentos ordenados devolver por parte de los fondos de pensiones privados, cabe reseñar que la figura jurídica de la ineficacia del traslado, supone que el mismo nunca ocurrió; es decir, debe entenderse que no existió el cambio al sistema privado de pensiones, lo que conduce a retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, como si el acto jurídico no hubiese existido, como efectos *ex tunc* (desde siempre). Bajo ese horizonte, resulta totalmente válido, que se disponga que las AFP privadas, trasladen a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, gastos de administración, primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, entre otros, con cargo a sus propias utilidades, tal y como lo ha admitido la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, pudiéndose traer a colación la sentencia CSJ SL1467-2021, en la que adoctrinó:

[...] en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al RAIS, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.

Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado 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 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 SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJ SL2877-2020 y CSJ SL4811-2020). (Subrayadas fuera del texto original).

En similar sentido, en providencia CSJ SL1795-2017, reiterada en la CSJ SL4025-2021, entre muchas otras, se asentó:

*“La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, **sumas adicionales de la aseguradora**, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.*

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en

que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.

Cabe agregar, que por vía jurisprudencial se ha aceptado que los fondos de pensiones también deben devolver a Colpensiones las «*primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos*» (CSJ SL1055-2022, entre muchas otras); como en este caso, ello fue ordenado por el juez de primer nivel, se **confirmará** la decisión de primer grado.

Lo anterior, no genera ningún detrimento ni un desequilibrio para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, dado que, la ineficacia del traslado de régimen del demandante implica, como ya se dijo, la devolución de todos los dineros por él aportados al RAIS más sus rendimientos, frutos e intereses que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de esta 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 (CSJ SL 4911-2019).

PRESCRIPCIÓN

En cuanto a la excepción de prescripción que propusieron las demandadas, esta Sala ha manifestado reiteradamente que la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible porque se trata de un estado jurídico que no está sujeto a aquel fenómeno extintivo, a diferencia de lo que sucede con los derechos de crédito (CSJ SL1688-2019, reiterada en CSJ SL4360-2019).

Frente a las demás excepciones propuestas por la parte pasiva, se declararán no probadas como quiera que la ineficacia del traslado salió avante.

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de las recurrentes AFP Porvenir S.A., y Colpensiones, como quiera que sus recursos de alzada no prosperaron de conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del CGP.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia consultada y apelada emitida por Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá el 30 de marzo de 2023.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de las recurrentes AFP Porvenir S.A., y Colpensiones.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

AUTO DEL PONENTE:

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de las recurrentes AFP Porvenir S.A., y Colpensiones la suma de \$1.160.000, para cada una.



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

República de Colombia



Libertad y Orden

Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	110013105039202100517-01
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	MIGUEL ÁNGEL DÍAZ CUASPUD
DEMANDADO	- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES - ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

En Bogotá D. C. a los Treinta y uno (31) días del mes de octubre de dos mil veintitrés (2023), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA:

ANTECEDENTES

Pretende el señor **MIGUEL ÁNGEL DÍAZ CUASPUD se declare** la ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida (en adelante RPM) al de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS) realizado a través de la AFP Protección, por omisión al deber de información; en consecuencia, se le **condene** a trasladar a Colpensiones todos los valores que hubiese recibido por motivo de su afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas de las aseguradoras, con todos sus frutos como, rendimientos financieros, intereses y gastos de administración; que se **ordene** a Colpensiones activar su afiliación en el RPM y actualizar su historia laboral; que se **condene** a las demandadas a las costas y agencias en derecho.

Como hechos fundamento de las pretensiones (archivo 01, carpeta 1ª inst. exp. digital), señaló en síntesis, que el 01 de septiembre de 1995, se trasladó del RPM al RAIS; que pese a que suscribió el formulario de vinculación a ese régimen, la AFP

omitió su obligación de buen consejo, al no brindarle información clara y completa de los beneficios, desventajas y/o consecuencia de esa decisión; que en octubre de 2021, solicitó ante la AFP y Colpensiones la aceptación de su traslado al RPM, pero solo la última entidad respondió negando el mismo.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (archivo 09, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, únicamente aceptó que recibió solicitud de traslado a ese régimen el 26 de octubre de 2021, el cual negó por estar inmerso en la prohibición de que trata el artículo 2 de la Ley 797 de 2003; frente a los demás, indicó que no le constaban por corresponder a un tercero.

Propuso como excepciones de fondo, las de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de 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.

La **AFP PROTECCION S.A.**, contestó (archivo 08, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que el actor se trasladó del RPM al RAIS a través de esa AFP; que el 28 de octubre de 2021, presentó petición buscando el regreso al RPM; frente a los demás, indicó que no eran ciertos. Aclaró que le brindó al promotor del litigio una asesoría honesta y responsable sobre el régimen al que deseaba trasladarse, explicándole en forma clara y comprensible sus características y diferencias respecto al RPM, no solo al momento de su vinculación sino durante todo el tiempo que ha permanecido afiliado, poniendo a su disposición todos los canales de atención como la página web, las oficinas de servicio, líneas de atención al cliente y aplicación móvil, constatándose así que tuvo oportunidad de consultar cualquier duda que existiera respecto a su futuro pensional sin acercarse a esta AFP, quedando claro que siempre ha obrado bajo los valores de integridad, diligencia y prudencia facilitando el acceso a la información de sus afiliados sin ninguna clase de engaño o inducción a error.

Agregó que, le explicó todos los aspectos del RAIS, como lo son: i) la construcción de un capital en una cuenta de ahorro individual donde se depositan mes a mes sus aportes pensionales ganando rentabilidad financiera de acuerdo con el

comportamiento del mercado y el perfil de riesgo de cada afiliado, capital a partir del cual se define la pensión; ii) que este capital es de su propiedad y por esa razón este valor puede heredarse a falta de beneficiarios; iii) la figura de la garantía de pensión mínima y la devolución de saldos; iv) la posibilidad de realizar aportes voluntarios y de pensionarse en forma anticipada siempre y cuando se cuente con un capital que permita financiar una pensión superior al 110% de un SMMLV al año de 1993, tal como lo establecía el artículo 64 de la Ley 100 de 1993; y v) todas las diferencias que existen entre ambos regímenes señalando con total claridad que ambos son excluyentes y traen sus propias implicaciones o efectos para cada persona.

Formuló como excepciones de fondo, 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 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.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 21 de marzo de 2023 (archivo 16-17, carpeta 1ª inst. exp. digital), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR que el traslado que hizo el demandante MIGUEL ÁNGEL DÍAZ CUASPUD del régimen de prima media al régimen de ahorro individual a través de PROTECCIÓN S.A. es ineficaz y, por ende, no produjo efecto alguno por lo que se deberá entender que el demandante jamás se separó el régimen de prima media.

SEGUNDO: CONDENAR a PROTECCIÓN S.A. a que transfiera a COLPENSIONES todas las sumas de dinero obrantes en la cuenta de ahorro individual de demandante, junto con sus rendimientos, bonos pensionales, de haber redimido, más los gastos de administración, comisiones, seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, todos estos emolumentos debidamente indexados al momento de cumplirse esta decisión.

TERCERO: ORDENAR a COLPENSIONES que reciba los dineros que se habla en el numeral anterior, y reactive la afiliación del demandante al régimen de prima media sin solución de continuidad.

CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones presentadas por las demandadas.

QUINTO: INFORMARLE a COLPENSIONES que podrá acudir a las acciones judiciales para obtener el resarcimiento de perjuicios en contra de PROTECCIÓN S.A.

SEXTO: CONDENAR EN COSTAS a PROTECCIÓN S.A. dentro de las cuales se deberá incluir como agencias en derecho la suma de dos millones trescientos veinte mil

pesos (\$2.320.000).

Fundamentó su decisión, en que el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecía que la selección de uno cualquiera de los regímenes pensionales era libre y voluntaria por parte del afiliado, so pena de incurrir en las sanciones del artículo 271 de la misma ley, la cual puntualmente era dejar sin efecto la respectiva afiliación.

Sostuvo que, la decisión libre y voluntaria, no se trataba simplemente de plasmar la firma en un formulario de afiliación, sino que iba más allá, pues antes de firmar la AFP debió entregarle la información suficiente y transparente a ese afiliado, esto es, que sea objetiva (neutra), comparada entre los dos regímenes pensionales, y comprensible en el entendido que el potencial afiliado es un lego en materia pensional. Explicó que, siempre debía analizarse el caso concreto del posible afiliado, pues no bastaba con hacer una asesoría sobre aspectos generales, y además la información entregada debía ser clara, comprensible y oportuna, aclarando que la oportunidad era al momento del cambio de régimen o estando la persona vinculada a una AFP en cualquier momento previo a la prohibición legal de cambio de régimen.

Expuso que, la carga de la prueba en estos casos le correspondía a la AFP conforme el artículo 1604 del CC, por cuanto la demostración de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo, es decir, a quien ofrece el servicio, pues este es el experto en la materia y de acuerdo con el artículo 167 del CGP, que estipula que las negaciones indefinidas no requieren prueba, correspondiéndole probar el hecho positivo a la parte contraria, argumento que fundó en la sentencia CSJ SL5680-2021.

Advirtió que, en este caso Protección no cumplió con la carga probatoria que le imponían las normas, ya que al proceso no se arrimó ninguna prueba que evidencie que para 1995 cuando se hizo el cambio de régimen pensional, Protección le hubiese brindado una información suficiente y transparente, concluyendo que al actor no se le había ilustrado sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

Indicó que, el formulario de afiliación por sí solo no podía servir para establecer efectivamente las informaciones y el cumplimiento de ese deber de información en la forma como ha sido desarrollada por la jurisprudencia (sentencia CSJ SL1637-2022), pues allí solo se relacionaba información de carácter personal, sin que de su lectura se extrajera las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales. Que del interrogatorio de parte del actor, se evidenciaba

que la información a él dada por los asesores de Protección solo se limitó a que esa AFP era la mejor opción porque el ISS se iba a acabar, que la pensión en todo caso iba a ser igual, aspectos que no permitían tener por probado el deber de información.

Refirió que, la re asesoría que obraba en el expediente, no podía considerarse como tal, o como una explicación de fondo del RAIS, pues si bien esta se hizo el 10 de febrero de 2015, momento para el cual el demandante podía optar por retornar al RPM, porque estaba próximo a cumplir 52 años de edad, los que alcanzaría el 17 de marzo de 2015, lo cierto era que dicho formato informaba que realizado un cálculo la pensión sería de «864 y de 801 en Colpensiones», de lo que no podía establecerse que ello correspondiera al valor de la mesada; no obstante, no se había aportado el mencionado cálculo y tampoco se evidenciaba explicación alguna de todas las condiciones que se establecen y que se deben tener en cuenta para adquirir la mesada pensional en el régimen de ahorro individual, y la comparación de este con el RPM, por lo que no podía tenerse por acreditado el deber de información con este documento.

Concluyó que, declarar la ineficacia del traslado de régimen realizado en 1995 a la AFP Protección, quien deberá enviar todos los dineros de la cuenta de ahorro individual junto con los rendimientos y bono pensional de haberse redimido el mismo, junto con los gastos de administración, comisiones, seguros previsionales y el porcentaje que va para la garantía de la pensión mínima desde el momento en que se hizo efectivo el traslado hasta el momento que se cumpla esta sentencia.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES interpuso recurso de apelación argumentando que el actor no cumple con los requisitos para trasladarse de régimen pensional de acuerdo con los preceptos legales y jurisprudenciales; que no se acreditó que hubiese existido algún tipo de engaño por parte de la AFP que diera paso a declarar la ineficacia del traslado; que debía tenerse en cuenta que dentro de las oportunidades legales nunca manifestó, deseo alguno de retractarse de su vinculación al RAIS, donde ha permanecido por más de 27 años, por lo que debe asumir las consecuencias legales de tal decisión.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación presentado por Colpensiones, así como en el grado jurisdiccional de consulta en su favor en lo no apelado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del CPTSS.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual que hizo el demandante a través de la AFP Protección, es ineficaz por falta de información, y si como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a COLPENSIONES todos aportes realizados por la actora en el RAIS.

En el presente asunto no es materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: *i)* que el señor MIGUEL ÁNGEL DÍAZ CUASPUD nació el 17 de marzo de 1963; *ii)* que se afilió al ISS donde aportó desde el 21 de mayo de 1984, hasta el 31 de agosto de 1995, un total de 431,21 semanas según historia laboral expedida por Colpensiones el 28 de septiembre de 2022 (f.º 59 archivo 09, carpeta 1ª inst, exp. Digital); y *iii)* que se trasladó al RAIS mediante la suscripción de un formulario de vinculación con la AFP Protección, el que se hizo efectivo a partir del 1º de septiembre de 1995 (archivo 08, carpeta 1ª inst. exp. Digital), AFP en la que se encuentra actualmente.

INEFICACIA DEL TRASLADO

Ha sostenido la alta Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral que, cuando el conflicto suscitado tiene como origen la omisión de información al afiliado por parte de la AFP en el momento de traslado de régimen pensional debe analizarse desde la figura jurídica de la ineficacia, puesto que al transgredirse el derecho a que el cambio de régimen pensional sea libre y voluntario, el efecto jurídico previsto por el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, no es otro que el de la ineficacia de la afiliación sin perjuicio de que adicionalmente solicite el resarcimiento de perjuicios que considera se le causaron (CSJ SL3871-2021, CSJ SL 3611-2021, CSJ SL3537-2021 y CSJ SL 1565 - 2022). Por consiguiente, no es necesario que se configure un vicio en su consentimiento por error de hecho, fuerza o dolo, puesto que al tratarse de ineficacia del traslado debe centrarse en establecer si la administradora de pensiones cumplió con su deber de información en el momento que el afiliado tomó la decisión de cambiarse de sistema pensional.

Igualmente se fijó por esa Corporación que es a las administradoras de pensiones a quienes les corresponde acreditar el cumplimiento del deber de información, pues exigir al afiliado una prueba del incumplimiento por parte de la AFP al deber de información es un despropósito, en la medida que la alegación de no recibir información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuar el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; además, estableció que la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento, y finalmente explicó que no era razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación tienen una clara preeminencia respecto al afiliado lego, a tal punto que la legislación considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en desfavor de los consumidores financieros (artículo 11, literal b), Ley 1328 de 2009) (CSJ SL1452-2019).

Así mismo, ha indicado la Sala de Casación Laboral de la CSJ que el fondo privado cumple con su deber de información cuando la asesoría brindada para el momento en que el afiliado decide trasladarse contiene una información suficiente, transparente, cierta y oportuna, es decir, cuando se hace una adecuada ilustración sobre las características, condiciones, consecuencias, riesgos, ventajas y desventajas de la determinación de cambio de régimen pensional, deber que ha existido desde la creación de las sociedades administradoras de fondos de pensiones y cuyo cumplimiento permite que la elección de cualquiera de los regímenes pensionales sea libre y voluntaria conforme lo ordena el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 (CSJ SL755-2022, CSJ SL3349-2021 y CSJ SL1565 - 2022).

En ese sentido, precisó dicha Corporación que no puede argüirse que *«existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito»* (CSJ SL12136-2014, CSJ SL1467-2021). Igualmente, resaltó que el Decreto 663 de 1993, *«Estatuto Orgánico del Sistema Financiero»*, aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.º del artículo 97, la obligación de las mismas de *«suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita,*

a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado», haciendo alusión a la Ley 795 de 2003, «Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones», en la cual se recalca en su artículo 21, ese deber **preexistente** de información a cargo de las AFP, en el sentido que la información suministrada tenía como propósito no solo evaluar las mejores opciones del mercado sino también la de «poder tomar decisiones informadas».

Concluyó la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral que, desde su fundación, las AFP tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses.

Sobre el particular, cabe traer a colación, lo dicho en la sentencia CSJ SL4025-2021, en la que se expuso:

Esta Corte desde hace varios años, ha puntualizado, que la información que se ha de proporcionar al afiliado (a), debe efectuarse bajo la óptica de que quien la brinda sabe de su importancia y valor, a fin de orientar a este en aquellos aspectos que pueden acarrear consecuencias mayúsculas, como es el caso del cambio de régimen, evento en el que la administradora tiene el deber del buen consejo, de ilustración suficiente, dándole a conocer las diferentes alternativas, lo que en todo caso, va más allá de una simple información o diligenciamiento de un formulario de vinculación o traslado, aspectos que precisamente son de los que se duele el demandante, no acontecieron en su caso.

Así las cosas, en cuanto al deber de información exigible a las AFP, se ha considerado que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de las AFP, se estableció en cabeza de estas el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, acerca de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas (CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019, CSJ SL4360-2019, CSJ 2611-2020, CSJ SL4806-2020, entre otras).

Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria (1993-2009), al de asesoría y buen consejo (2009-2014), y finalmente al de doble asesoría (2014- en adelante). Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido (sentencia CSJ SL4062-2021).

Así, para la fecha en la que la accionante se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad –**1995**-, la obligación de la AFP se enmarcaba en el primer periodo, según el cual debía entregar información suficiente y transparente que le permitiera elegir «*libre y voluntariamente*» la opción que mejor se ajustara a sus intereses (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019), conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 -posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003-, lo cual implicaba la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

Conforme lo anterior, la AFP Protección que fue la que propició el acto del traslado de régimen pensional tenía el deber de asesoría e información suficiente y transparente, pues desde la creación del sistema el legislador previó el derecho de toda persona a elegir libre y voluntariamente el régimen pensional, lo cual no puede desconocerse, atentarse o impedirse en cualquier forma, so pena de las sanciones de que trata el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 y que la afiliación quede sin efecto, esto es, que se produzca su ineficacia, lo que ocurre justamente cuando la AFP omite su deber de información, tal y como lo ha señalado la Corte (CSJ SL4360-2019).

Ahora bien, la AFP Protección no allegó prueba alguna tendiente a demostrar que para 1995 le hubiese suministrado al señor Díaz Cuaspud una ilustración suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna sobre las implicaciones de abandonar el esquema de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras, pues a este no se trajo siquiera el formulario de vinculación inicial.

Sin embargo, en este punto debe advertirse que no basta con la suscripción del formulario de afiliación, para darle plena validez al traslado, porque la «[...] *firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado*» (CSJ SL1688-2019, reiterada en la CSJ SL1741-2021, donde se rememoran las sentencias CSJ SL1452-2019, CSJ SL1421-2019, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL19447-2017).

En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados, o porque le realizaron una reasesoría como en este asunto, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico

del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad.

En consonancia con lo antes señalado, debe resaltar la Sala que, desde la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, se ha sostenido que, una vez acreditada la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual, el acto jurídico no se torna en eficaz por los cambios que los afiliados hagan entre administradoras privadas o **porque no hayan expresado inconformidad alguna con el sistema habiendo permanecido en el mismo**, lo que ha sido reiterado entre otras en las providencias CSJ SL2877-2020, CSJ SL1942-2021, CSJ SL1949-2021 y CSJ SL1623-2022.

Tampoco puede admitirse que actualmente está inmerso en la prohibición legal de que trata el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 y que por ello no es dable declarar la ineficacia, porque esta se generó al momento del traslado inicial año 1995.

Bajo el anterior contexto, resulta claro que las administradoras de pensiones, no cumplieron con el deber de información suficiente, clara, comprensible y oportuna sobre las características de los dos regímenes pensionales y las consecuencias que implicaba el retirarse del RPM al que se encontraba afiliado, carga probatoria que a ellas les correspondía como se tiene adoctrinado por nuestro máximo órgano de cierre (CSJ SL1565-2022, CSJ SL1055-2022, CSJ, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4426-2019, CSJ SL4806-2020 y CSJ SL4062-2021); en consecuencia, como ello no se acreditó, conduce a que **el traslado se torne ineficaz**, como acertadamente lo concluyó el juez de primer grado, por lo que habrá de confirmarse su decisión en lo relativo a este punto.

En lo que respecta a los **gastos de administración, las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia** y demás emolumentos ordenados devolver por parte de los fondos de pensiones privados, cabe reseñar que la figura jurídica de la ineficacia del traslado, supone que el mismo nunca ocurrió; es decir, debe entenderse que no existió el cambio al sistema privado de pensiones, lo que conduce a retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, como si el acto jurídico no hubiese existido, como efectos *ex tunc* (desde siempre). Bajo ese horizonte, resulta totalmente válido, que se disponga que las AFP privadas, trasladen a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, gastos de administración, primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, entre otros, con cargo a sus propias utilidades, tal y como lo ha admitido la jurisprudencia de

la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, pudiéndose traer a colación la sentencia CSJ SL1467-2021, en la que adoctrinó:

[...] en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al RAIS, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.

Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado 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 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 SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJ SL2877-2020 y CSJ SL4811-2020). (Subrayadas fuera del texto original).

En similar sentido, en providencia CSJ SL1795-2017, reiterada en la CSJ SL4025-2021, entre muchas otras, se asentó:

*“La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, **sumas adicionales de la aseguradora**, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.*

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.

Cabe agregar, que por vía jurisprudencial se ha aceptado que los fondos de pensiones también deben devolver a Colpensiones las «*primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos*» (CSJ SL1055-2022, entre muchas otras); como en este caso, ello fue ordenado por el juez de primer nivel, se **confirmará** la decisión de primer grado.

Lo anterior, no genera ningún detrimento ni un desequilibrio para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, dado que, la ineficacia del traslado de régimen del demandante implica, como ya se dijo, la devolución de todos los dineros por él aportados al RAIS más sus rendimientos, frutos e intereses que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de esta 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 (CSJ SL 4911-2019).

PRESCRIPCIÓN

En cuanto a la excepción de prescripción que propusieron las demandadas, esta Sala ha manifestado reiteradamente que la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible porque se trata de un estado jurídico que no está sujeto a aquel fenómeno extintivo, a diferencia de lo que sucede con los derechos de crédito (CSJ SL1688-2019, reiterada en CSJ SL4360-2019).

Frente a las demás excepciones propuestas por la parte pasiva, se declararán no probadas como quiera que la ineficacia del traslado salió avante.

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de la demandada Colpensiones, como quiera que su recurso de alzada no prosperó de conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del CGP.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia consultada y apelada emitida por Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá el 21 de marzo de 2023.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la demandada Colpensiones.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

AUTO DEL PONENTE:

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de Colpensiones la suma de \$1.160.000.



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

República de Colombia



Libertad y Orden

**Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL**

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	11001310500220210032901
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	LILIANA BERNAL BARAJAS
DEMANDADO	<ul style="list-style-type: none"> - ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES - SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. - SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

En Bogotá D. C. a los treinta y uno (31) días del mes de octubre de dos mil veintitrés (2023), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA:

ANTECEDENTES

Pretende la señora **Liliana Bernal Barajas** se **declare** que la AFP Porvenir S.A. y Protección S.A. incumplieron con su deber legal al no brindar una información veraz, oportuna, pertinente, objetiva, comprensible y comparativa sobre las características y consecuencias de su traslado de régimen pensional; por lo tanto, se declare ineficaz su afiliación al RAIS. En consecuencia, se condene a Porvenir y Protección S.A. a registrar en su sistema de información que su afiliación es ineficaz; asimismo, sean condenadas a trasladar a Colpensiones la totalidad del capital de la cuenta de ahorro individual incluidos los rendimientos, bonos y/o títulos pensionales a los que hubiere lugar, los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, sin aplicar ningún descuento; que se condene a Colpensiones a activar su afiliación y a recibir la totalidad de sus aportes a pensión, incluidos los rendimientos, bonos y/o títulos pensionales a los que hubiere lugar, a lo que resulte probado ultra y extra petita,

al pago de costas y agencias en derecho (f° 5 a 6, archivo 01, carpeta 1ª inst. exp. digital).

Como hechos fundamento de las pretensiones (f° 2 a 4, archivo 01, carpeta 1ª inst. exp. digital), señaló, en síntesis, que inició sus aportes a pensión a través del régimen de prima media con prestación definida; que efectuó su traslado al RAIS por medio de la AFP Porvenir S.A. en el mes de julio de 1996; que posteriormente se trasladó a la AFP Colmena hoy Protección S.A. en el mes de septiembre de 1999; que al momento del traslado la AFP Porvenir S.A., dicha entidad no le explicó de forma clara y comparada cuáles eran las diferencias entre el RPM y el RAIS.

Agregó que, la AFP Porvenir S.A. no le brindó información que le permitiera conocer de las ventajas y desventajas que tenía ese fondo de pensiones en comparación con el ISS, no le informó que su pensión de vejez en el RAIS estaría determinada no solo por sus aportes mensuales a pensión, sino también por su capital que debía acumular en su cuenta de ahorro individual, por las ganancias o pérdidas que podría generar el fondo de pensiones como resultado del manejo financiero que haría de sus aportes a pensión, su expectativa de vida y la de sus beneficiarios, entre otros factores.

Adujo que, la AFP no le informó que de sus aportes a pensión le harían un descuento por concepto de cuota de administración en favor del fondo de pensiones; que la AFP Protección S.A. tampoco 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 del RPM al RAIS, no le informó sobre la posibilidad que tenía de regresar al RPM ante el cumplimiento de los 47 años de edad, tampoco adelantó alguna gestión tendiente a brindarle asesoría pensional.

Indicó que, su IBL es de \$5.221.026, de acuerdo con la liquidación efectuada por la firma Yabar Liquidaciones; que de acuerdo con la proyección pensional realizada por dicha firma su pensión correspondería en Colpensiones en una suma aproximada de \$3.754.322; que solicitó ante la AFP Protección a través de sus canales digitales que se procediera anular la afiliación, mediante petición radicada el 23 de abril de 2021, en donde además le solicitó una proyección pensional comparada entre los dos regímenes, igualmente presentó petición ante la AFP Porvenir el 23 de abril de 2021, en la que le solicitó la anulación de su afiliación y copia del formulario de vinculación,

y a Colpensiones el 25 de mayo de 2021, con el número de radicado 2021_5988338 para que se procediera con la activación de su afiliación.

Acotó que, Protección S.A. dio respuesta indicando que no sería procedente acceder a lo solicitado e informó que en dicho fondo recibiría una mesada pensional equivalente a \$1.494.642, a los 57 años de edad, en tanto que, en el RPM sería de \$3.625.650; que Porvenir no dio respuesta a su solicitud y Colpensiones le informó en qué casos procedía la solicitud de traslado.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (archivo 09, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó afiliación de la demandante en el RPM, traslado efectuado al RAIS, petición presentada ante la entidad y respuesta; en relación a los demás hechos, dijo no constarle.

Como excepciones de mérito, propuso las de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de 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.

La **AFP PORVENIR S.A.** contestó (archivo 08, carpeta 1ª inst. exp. digital) señalando no ser ciertos los numerales 2, 5 a 9, 21, y no constarle los demás. Como medio de defensa, propuso las excepciones de fondo de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y genérica.

La **AFP PROTECCIÓN S.A.** contestó (archivo 10, carpeta 1ª inst. exp. digital), igualmente oponiéndose a las pretensiones de la demanda; respecto a los hechos acepto el traslado realizado por la actora al RAIS, IBL con el que cuenta la actora, petición formulada ante la entidad y respuesta; en relación a los demás indicó no constarle.

Propuso como excepciones de fondo, las de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, innominada o genérica,

reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa e 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.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 17 de abril de 2023 (archivo 19, carpeta 1ª inst. exp. digital), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado realizado por la demandante **LILIANA BERNAL BARAJAS** identificada con cédula de ciudadanía No. 51.839.806, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A, el 2 de agosto de 1996, y consecuencialmente los traslados horizontales realizados a la AFP COLMENA HOY PROTECCIÓN S.A, el 1 de septiembre de 1999, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.

SEGUNDO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORTECCIÓN S.A, como última administradora a la que se encuentra vinculada la demandante, a devolver dentro de los cuarenta y cinco (45) días siguiente a la ejecutoria de esta providencia a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante LILIANA BERNAL BARAJAS identificada con cédula de ciudadanía No. 51.839.806, como cotizaciones, bonos pensionales, con los rendimientos causados, con sus rendimientos; así como de los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, sin lugar a descuento alguno o deterioros sufridos por el bien administrado.

TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a aceptar dichos valores, y tener como válida la afiliación efectuada por la demandante al Régimen de Prima Media el 23 de junio de 1987, situación que deberá incluir en las bases de datos y sistemas de información de la historia laboral.

CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas por las demandadas.

QUINTO: CONDENAR en costas a la parte accionada la PORVENIR S.A, PROTECCIÓN S.A, Y COLPENSIONES, dentro de las que deberá incluirse por concepto de agencias en derecho la suma total de \$300.000 a cargo de éstas.

Para fundamentar su decisión, sostuvo que no existía discusión en cuanto a que la demandante provenía del régimen de prima media con prestación definida y solicitó trasladarse al RAIS el 2 de agosto de 1996, según se acreditaba del formulario de afiliación, frente a lo cual debía tenerse en cuenta lo establecido en los artículos 13 de la Ley 100 de 1993 y el Decreto 663 de 1993, entre otras normas laborales que han evolucionado para establecer el deber de información a cargo de las AFP en tres etapas: **i)** el deber de información del año 1993 a 2009; **ii)** el deber de información y

buen consejo del año 2009 a 2014, *iii*) deber de información, buena consejo y doble asesoría a partir del año 2014, en adelante, frente a lo cual se podía consultar la sentencia CSJ SL2518-2021.

Resaltó que, frente a cada una de las etapas que han surgido con posterioridad a la expedición de la Ley 100 de 1993, la Corte suprema de Justicia Sala Laboral se ha pronunciado, citando la Juez cada una de las sentencias relevantes sobre cada asunto en particular, considerando que teniendo en cuenta que la demandante realizó el traslado del RPM al de RAIS el 2 de agosto de 1996, el deber de información a cargo de Porvenir S.A., se enmarcaba en el primer periodo previamente señalado que consistía en brindarle a la actora una información clara y transparente de los dos regímenes pensionales; que revisadas las pruebas allegadas al plenario la AFP Porvenir solo se había limitado allegar el formulario de vinculación, los consolidados de aportes y los movimientos de la cuenta de ahorro individual de la afiliada.

Indicó que, el formulario de vinculación se trataba de una copia pre impresa en la que se señalaba que la vinculación del régimen se había realizado de forma libre, esporádica y sin presiones; no obstante, del contenido de dicho formato no se infería que la administradora de manera previa a la suscripción de la misma le hubiera proporcionado a la accionante la información completa y comprensible que le permitiera tener certeza sobre la elección que estaba tomando; en cuanto al interrogatorio de parte precisó que si bien la demandante había afirmado que no recibió asesoría alguna y que no tenía conocimiento de haberse trasladado de régimen, lo cual resultaba contrario a lo señalado en los hechos de la demanda, lo que se refería era a la omisión de información, lo cual se relacionaba con las reclamaciones presentadas por ella.

Concluyó que, la AFP Porvenir S.A. omitió con el deber de información al no haber comunicado las condiciones que debía cumplir de acuerdo con la jurisprudencia, por tal razón debía declararse la ineficacia del traslado.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES presentó recurso de apelación en contra de la sentencia proferida, argumentando que existió una indebida valoración probatoria teniendo en cuenta que existen indicios que hubo actos de relacionamiento e incongruencias por parte de la demandante del escrito de demanda con lo manifestado en su interrogatorio de parte, al omitir cómo exactamente se había dado el traslado, notándose que solo

dijo que le brindaron el formulario, sin dar mayor información para poder establecer el tiempo, modo y lugar de dicho traslado. De otro lado, solicitó tener en cuenta que no todos los procesos eran iguales, en esta oportunidad se había determinado que a pesar de la información que se le pudo brindar a la actora, lo cierto era que el traslado se había realizado por manifestaciones directas de su empleador quien le dijo que laboraba con ese fondo, por lo que debía ser afiliada al mismo.

Indicó que, en el presente asunto existía una convicción de permanencia, a pesar de que ya había dejado de laborar para esa empresa, había seguido haciendo aportes a dicho fondo. Por último, arguyó que debía tenerse en cuenta la descapitalización del sistema y la afectación de los demás afiliados al sistema del régimen de prima media, por lo que debía primar el interés general sobre el particular; también solicitó no ser condenada en costas.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación interpuesto por Colpensiones, así como el grado jurisdiccional de consulta a su favor en lo no apelado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del CPTSS.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual que hizo la demandante a través de la AFP Porvenir S.A., es ineficaz por falta de información, así como el traslado horizontal efectuado a Colmena hoy Protección S.A., y si como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a Colpensiones los todos aportes realizados por la actora en el RAIS.

En el presente asunto no son materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: *i)* que la señora Liliana Bernal Barajas nació el 9 de agosto de 1966 (fº 17 archivo 01, carpeta 1ª inst, exp. Digital); *ii)* que la actora estuvo afiliada al RPM con Colpensiones entre el 23 de junio de 1987, hasta el 30 de junio de 1996, acumulando un total de 448,43 semanas (fº 95, archivo 01, carpeta 1ª inst, exp. Digital); *iii)* que se trasladó al RAIS a través de la AFP Porvenir el **2 de agosto de 1996**, afiliación que se hizo efectiva a partir del 1 de octubre del mismo año (fº 94, archivo 01, fº 93, archivo 08, carpeta 1ª inst, exp. Digital) y *iv)* que posteriormente, efectuó un traslado horizontal

con la AFP Colmena hoy Protección S.A. el 1 de septiembre de 1999, entidad en la cual se encuentra afiliada actualmente.

INEFICACIA DEL TRASLADO

Ha sostenido la alta Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral que, cuando el conflicto suscitado tiene como origen la omisión de información al afiliado por parte de la AFP en el momento de traslado de régimen pensional debe analizarse desde la figura jurídica de la ineficacia, puesto que al transgredirse el derecho a que el cambio de régimen pensional sea libre y voluntario, el efecto jurídico previsto por el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, no es otro que el de la ineficacia de la afiliación sin perjuicio de que adicionalmente solicite el resarcimiento de perjuicios que considera se le causaron (CSJ SL3871-2021, CSJ SL 3611-2021, CSJ SL3537-2021 y CSJ SL 1565 - 2022). Por consiguiente, no es necesario que se configure un vicio en su consentimiento por error de hecho, fuerza o dolo, puesto que al tratarse de ineficacia del traslado debe centrarse en establecer si la administradora de pensiones cumplió con su deber de información en el momento que el afiliado tomó la decisión de cambiarse de sistema pensional.

Igualmente se fijó por esa Corporación que, es a las administradoras de pensiones a quienes les corresponde acreditar el cumplimiento del deber de información, pues exigir al afiliado una prueba del incumplimiento por parte de la AFP al deber de información es un despropósito, en la medida que la alegación de no recibir información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuar el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; además, estableció que la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento, y finalmente explicó que no era razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación tienen una clara preeminencia respecto al afiliado lego, a tal punto que la legislación considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en desfavor de los consumidores financieros (artículo 11, literal b), Ley 1328 de 2009) (CSJ SL1452-2019).

Asimismo, ha indicado la Sala de Casación Laboral de la CSJ que el fondo privado cumple con su deber de información cuando la asesoría brindada para el

momento en que el afiliado decide trasladarse contiene una información suficiente, transparente, cierta y oportuna, es decir, cuando se hace una adecuada ilustración sobre las características, condiciones, consecuencias, riesgos, ventajas y desventajas de la determinación de cambio de régimen pensional, deber que ha existido desde la creación de las sociedades administradoras de fondos de pensiones y cuyo cumplimiento permite que la elección de cualquiera de los regímenes pensionales sea libre y voluntaria conforme lo ordena el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 (CSJ SL755-2022, CSJ SL3349-2021 y CSJ SL1565 - 2022).

En ese sentido, precisó dicha Corporación que no puede argüirse que *«existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito»* (CSJ SL12136-2014, CSJ SL1467-2021). Igualmente, resaltó que el Decreto 663 de 1993, *«Estatuto Orgánico del Sistema Financiero»*, aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.º del artículo 97, la obligación de las mismas de *«suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado»*, haciendo alusión a la Ley 795 de 2003, *«Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones»*, en la cual se recalca en su artículo 21, ese deber **preexistente** de información a cargo de las AFP, en el sentido que la información suministrada tenía como propósito no solo evaluar las mejores opciones del mercado sino también la de *«poder tomar decisiones informadas»*.

Concluyó la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral que, desde su fundación, las AFP tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses.

Sobre el particular, cabe traer a colación, lo dicho en la sentencia CSJ SL4025-2021, en la que se expuso:

Esta Corte desde hace varios años, ha puntualizado, que la información que se ha de proporcionar al afiliado (a), debe efectuarse bajo la óptica de que quien la brinda sabe de su importancia y valor, a fin de orientar a este en aquellos aspectos que pueden acarrear consecuencias mayúsculas, como es el caso del cambio de régimen, evento en el que la administradora tiene el deber del buen consejo, de ilustración suficiente, dándole a conocer las diferentes alternativas, lo que en todo caso, va más allá de una

simple información o diligenciamiento de un formulario de vinculación o traslado, aspectos que precisamente son de los que se duele el demandante, no acontecieron en su caso.

Así las cosas, en cuanto al deber de información exigible a las AFP, se ha considerado que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de las AFP, se estableció en cabeza de estas el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, acerca de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas (CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019, CSJ SL4360-2019, CSJ 2611-2020, CSJ SL4806-2020, entre otras).

Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria (1993-2009), al de asesoría y buen consejo (2009-2014), y finalmente al de doble asesoría (2014- en adelante). Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido (sentencia CSJ SL4062-2021).

Así, para la fecha en la que la actora se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad –**2 de agosto de 1996**-, la obligación de la AFP se enmarcaba en el primer periodo, según el cual debía entregar información suficiente y transparente que le permitiera elegir «*libre y voluntariamente*» la opción que mejor se ajustara a sus intereses (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019), conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 -posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003-, lo cual implicaba la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

Conforme lo anterior, la AFP Porvenir que fue la que propició el acto del traslado de régimen pensional tenía el deber de asesoría e información suficiente y transparente, pues desde la creación del sistema el legislador previó el derecho de toda persona a elegir libre y voluntariamente el régimen pensional, lo cual no puede desconocerse, atentarse o impedirse en cualquier forma, so pena de las sanciones de que trata el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 y que la afiliación quede sin efecto, esto es, que se produzca su ineficacia, lo que ocurre justamente cuando la AFP omite su deber de información, tal y como lo ha señalado la Corte (CSJ SL4360-2019).

Ahora bien, aun cuando en el expediente obra el formulario de solicitud de afiliación de la AFP Porvenir suscrito el **2 de agosto de 1996**, de él solo se advierte la fecha de su diligenciamiento, los datos personales y laborales de la actora, de modo que únicamente da cuenta de una exigencia requerida para el ingreso de un afiliado con la fórmula pre-impresa en la casilla destinada a la firma, sin que del mismo pueda concluirse que dicha AFP cumplió con el deber de suministrar al afiliado una ilustración suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna sobre las implicaciones de abandonar el esquema de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras.

Y es que en este punto debe advertirse que no basta con la suscripción del formulario de afiliación, para darle plena validez al traslado, porque la «[...] firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado» (CSJ SL1688-2019, reiterada en la CSJ SL1741-2021, donde se rememoran las sentencias CSJ SL1452-2019, CSJ SL1421-2019, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL19447-2017).

Tampoco podría sostenerse que al haber realizado el afiliado traslados horizontales de un fondo de pensiones a otro, dentro del mismo régimen –actos de relacionamiento-, es porque conocía a cabalidad las características del RAIS y demuestra su voluntad de permanecer en él, toda vez que lo que se debe verificar en estos eventos, es si al momento de surtirse el cambio inicial de régimen pensional de prima media al RAIS, al asegurado le fue dada la información suficiente para tomar la decisión de traslado, pues si ello no ocurrió, los actos posteriores no conducen a convalidar tal irregularidad. Así se ha dicho por la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia CSJ SL1055-2022, que en lo pertinente dijo:

Precisamente en este punto la Corte advierte que la opositora Old Mutual S.A. sugiere que la afiliación entre regímenes privados es un acto de relacionamiento que implica su voluntad de permanecer al RAIS. Si bien el Tribunal no acudió expresamente a este argumento, lo cierto es que destacó que el afiliado tuvo la oportunidad de trasladarse en el periodo de gracia que estableció la Ley 797 de 2003 para retornar a Colpensiones y no lo hizo, lo que a su juicio ratificaba su voluntad de continuar en el RAIS.

*Pues bien, como se explicó en las sentencias CSJ SL5686-2021 y SL5688-2021, los argumentos de esta índole son inadmisibles pues desatienden que el eje central de estas discusiones está en determinar si al momento del traslado de prima media al RAIS la persona contó con información suficiente para tomar esa decisión. **En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se***

trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad. (Negrillas fuera del texto original).

De modo que no es dable siquiera sugerir que los posteriores traslados entre administradoras pueden configurar un acto de relacionamiento capaz de ratificar la voluntad de permanencia en ellas, como se infiere de las decisiones de la Sala de Descongestión de esta Corte CSJ SL249-2022 y SL259-2022. Nótese que, conforme la perspectiva explicada, esa voluntad de permanencia en el RAIS es inane dado que no desvirtúa el incumplimiento del deber de información y además ubica la discusión en actuaciones que estarían respaldadas en un acto jurídico ineficaz, esto es, el del traslado inicial. (Negrillas fuera del texto original).

Justamente lo anterior explica que la acción para demandar estos asuntos no sea la de nulidad -como también lo sugieren de forma equivocada aquellas providencias- sino la de ineficacia, en la cual, se reitera, lo relevante es determinar, sin más agregados, si la persona al momento de suscribir el acto de traslado de régimen pensional ha sido debidamente informada sobre las ventajas, desventajas y consecuencias de su traslado y permanencia en el RAIS.

Por tanto, nuevamente se enfatiza que este es el precedente vigente y en vigor de la Sala de Casación Laboral de esta Corte, y recoge cualquier otro que le sea contrario, en especial el condensado en aquellas providencias.

En cuanto a las inconformidades manifestadas por el recurrente respecto de que la demandante fue incongruente con lo narrado en la demanda y en su declaración de parte, revisado el expediente y la escuchada la audiencia, no se observó tales inconsistencias, pues en el escrito inaugural refirió que la AFP no le brindó ninguna información al momento del traslado como, la forma en cómo se determinaría su mesada pensional en el RAIS, sobre los descuentos por concepto de cuota de administración, consecuencias futuras generadas por el traslado, ventajas y desventajas en cada uno de los regímenes, lo cual coincide con su relato, ya que allí señaló que al momento de ingresar a laborar para la empresa Internacional de Vehículos el empleador le pasó unos formularios de afiliación a través de recursos humanos, encontrándose en dichos formularios el de Porvenir, por lo que procedió a diligenciarlos sin tener conocimiento que se encontraba efectuando un traslado de régimen pensional; versión que confirma la falta de información que debió brindar en ese momento la AFP, toda vez que era su obligación legal de contar con un asesor que informará previamente a la suscripción del formulario sobre las ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, entre otros aspectos relevantes para tomar la decisión, más aún cuando estaba en riesgo el futuro pensional de la señora Liliana Bernal, de manera que los fundamentos de Colpensiones no son suficientes para revocar lo decidido por el *a quo*.

Bajo el anterior contexto, resulta claro que la administradora de pensiones, no cumplió con el deber de información suficiente, clara, comprensible y oportuna sobre las características de los dos regímenes pensionales y las consecuencias que implicaba el retirarse del RPM al que se encontraba afiliado, carga probatoria que a ellas les correspondía como se tiene adocinado por nuestro máximo órgano de cierre (CSJ SL1565-2022, CSJ SL1055-2022, CSJ, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4426-2019, CSJ SL4806-2020 y CSJ SL4062-2021); en consecuencia, como ello no se acreditó, conduce a que **el traslado se torne ineficaz**, como acertadamente lo concluyó la juez de primer grado, por lo que habrá de confirmarse su decisión en lo relativo a este punto.

En lo que respecta a los **gastos de administración, las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia** y demás emolumentos ordenados devolver por parte de los fondos de pensiones privados, cabe reseñar que la figura jurídica de la ineficacia del traslado, supone que el mismo nunca ocurrió; es decir, debe entenderse que no existió el cambio al sistema privado de pensiones, lo que conduce a retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, como si el acto jurídico no hubiese existido, como efectos *ex tunc* (desde siempre). Bajo ese horizonte, resulta totalmente válido, que se disponga que las AFP privadas, trasladen a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, gastos de administración, primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, entre otros, con cargo a sus propias utilidades, tal y como lo ha admitido la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, pudiéndose traer a colación la sentencia CSJ SL1467-2021, en la que adocinó:

[...] en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al RAIS, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.

Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adocinado 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 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 SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJ SL2877-2020 y CSJ SL4811-2020). (Subrayadas fuera del texto original).

En similar sentido, en providencia CSJ SL1795-2017, reiterada en la CSJ SL4025-2021, entre muchas otras, se asentó:

*“La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, **sumas adicionales de la aseguradora**, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.*

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.

Cabe agregar, que por vía jurisprudencial se ha aceptado que los fondos de pensiones también deben devolver a Colpensiones las «*primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos*» (CSJ SL1055-2022, entre muchas otras); tal y como lo dispuso el juez de instancia, en la sentencia objeto de censura.

Por lo tanto, se hace necesario Modificar y Adicionar el numeral segundo de la sentencia de primer grado, en el sentido de CONDENAR a las AFP Porvenir y Protección S.A. a trasladar a Colpensiones y esta a su vez a recibir por parte de aquella, las cotizaciones recibidas en su integridad, los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima **debidamente indexados** y con cargo a sus propios recursos, y los rendimientos con las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, más los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., y demás rubros que posea la demandante en su cuenta de ahorro individual, toda vez que el *a quo* omitió ordenar en su totalidad la devolución de los mismos, como lo dispone la sentencia en cita, pues como se dijo, estos hacen parte de la cuenta de la demandante y con ellos es claro, que habrá de financiarse las prestaciones a que haya lugar por parte de Colpensiones.

Dichos valores deben ser indexados, como quiera que, por el transcurso del tiempo, han sufrido pérdida del valor adquisitivo, no siendo viable que Colpensiones deba asumir esta pérdida, de otro lado, pese a que la cuenta de ahorro individual de la actora generó rendimientos, ellos no compensan la devaluación que se pretende proteger con la indexación.

Lo anterior, no genera ningún detrimento ni un desequilibrio para Colpensiones, ni afecta su sostenibilidad financiera, dado que, la ineficacia del traslado de régimen de la demandante implica, como ya se dijo, la devolución de todos los dineros por él

aportados al RAIS más sus rendimientos, frutos e intereses que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de esta 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 (CSJ SL 4911-2019).

PRESCRIPCIÓN

En cuanto a la excepción de prescripción que propusieron las demandadas, esta Sala ha manifestado reiteradamente que la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible porque se trata de un estado jurídico que no está sujeto a aquel fenómeno extintivo, a diferencia de lo que sucede con los derechos de crédito (CSJ SL1688-2019, reiterada en CSJ SL4360-2019).

COSTAS EN PRIMERA INSTANCIA

En cuanto a la condena en costas a Colpensiones en primera instancia, cabe mencionar que la misma es procedente, toda vez que el numeral 1° del artículo 365 del CGP establece de manera clara que debe ser condenado en costas a la parte vencida en el proceso, luego al resultar dicha entidad vencida en juicio en tanto que, tiene el deber de recibir los aportes y demás emolumentos aquí ordenados; además de haber presentado oposición a las pretensiones de la demanda, debe ser condenada en costas.

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de Colpensiones como quiera que su recurso de alzada no prosperó de conformidad con lo establecido en el artículo 365 del CGP.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR Y MODIFICAR EL NUMERAL SEGUNDO de la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en el sentido de **CONDENAR** a las AFP Porvenir y Protección S.A. a pagar con su propio patrimonio y trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, las cotizaciones recibidas en su integridad, los gastos de

administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los aportes al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, y los rendimientos con las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, más los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., debidamente indexados. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

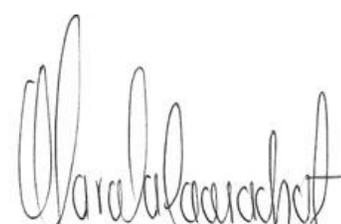
SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de Colpensiones.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

AUTO PONENTE:

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de Colpensiones en la suma de \$1.160.000.



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

República de Colombia



Libertad y Orden

**Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL**

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	11001310500320210013101
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	MYRIAM STELLA DAZA CORREA
DEMANDADO	- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES - ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

En Bogotá D. C. a los treinta y un (31) días del mes de octubre de dos mil veintitrés (2023), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA:

ANTECEDENTES

Pretende la señora **MYRIAM STELLA DAZA CORREA** se **declare** la ineficacia del traslado al RAIS administrado por la AFP Protección S.A. y que dicha afiliación quede sin efecto, por cuanto la misma carece de validez por afectar sus derechos mínimos y garantías; se declare válida, vigente y sin solución de continuidad su afiliación al RPM administrado por Colpensiones. En consecuencia, se ordene a Colpensiones a reactivar su afiliación al RPM y su posterior reconocimiento, y pago de la prestación económica por vejez al cual tiene derecho; que se condene a la AFP Protección a devolver a Colpensiones todos los valores que haya recibido con ocasión de la afiliación con los correspondientes rendimientos y sin descuento alguno de su parte, al pago de costas procesales y agencias en derecho, a los que resulte probado ultra y extra petita (f° 5 a 6, archivo 01, carpeta 1 instancia, exp. Digital).

Como hechos fundamento de las pretensiones (f° 4 a 5, archivo 01, carpeta 1ª inst. exp. digital), señaló, en síntesis, que nació el 3 de enero de 1960; que al iniciar su vida laboral se afilió el 4 de agosto de 1984, al ISS en donde estuvo afiliada hasta

el 30 de abril de 2000; que el 1 de mayo del año 2000, se trasladó al RAIS a través de la AFP Colmena hoy Protección S.A.

Narró que, en al momento del traslado no le suministraron información consistente en la edad mínima y en el saldo que debía acreditar en su cuenta de ahorro individual, es decir, con qué IBC debía cotizar con el fin de obtener una pensión anticipada o completar el capital para poder acceder a una pensión de vejez, tampoco se le informó a qué edad se le redimiría el bono pensional, ni la diferencia entre la mesada pensional que recibiría con el RAIS y con el RPM.

Acotó que, uno de los argumentos de la AFP privada para lograr el traslado era que el ISS se iba acabar y que no operaría como entidad de reconocimiento pensional; que el 1 de noviembre de 2007, se devolvió al RPM realizando cotizaciones a dicho régimen, sin haberse desafiliado de Protección; que el 11 de octubre de 2019, solicitó ante Protección S.A. el traslado de sus cotizaciones a Colpensiones, frente al cual Protección contestó mediante comunicación CAS-5106592-K48M4 del 17 de octubre de 2019, que en virtud de la multifiliación presentada no era posible acceder a la solicitud y en esa medida la afiliación se encontraba a su favor.

Resaltó que, en caso de que Protección S.A. reconozca la pensión de vejez, la mesada reconocida no superaría del SMLMV conforme la proyección realizada por la misma entidad; que en virtud de ello sigue laborando al servicio de la Superintendencia Financiera de Colombia; que a la fecha devenga un sueldo promedio de \$4.194.737, valor que no se compadece con la mesada de 1 SMLMV, que para la fecha de la demanda viene laborando y cotizando al sistema pensional por más de 36 años.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (archivo 08, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que la demandante en septiembre de 2013, solicitó ante Colpensiones el retorno al RPM y que esta entidad contestó de manera negativa, la fecha de nacimiento de la actora, aportes efectuados ante Colpensiones y traslado al RAIS; frente a los demás hechos, dijo no constarle.

Como excepciones de mérito, propuso las de validez de la afiliación al RAIS, saneamiento de una presunta nulidad, solicitud de traslado de dineros de gastos de administración, prescripción, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, buena fe, imposibilidad de condena en costas y declaratoria de otras excepciones.

La **AFP PROTECCIÓN S.A.** contestó (archivo 11, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento de la demandante, petición realizada ante la entidad y respuesta a la misma, así como las cotizaciones que ha venido realizando la actora al sistema general de pensiones; en cuanto a los demás hechos. dijo no constarle y no ser ciertos.

Como excepciones de mérito. propuso las de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, innominada o genérica, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa e 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.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 13 de marzo de 2023 (archivo 17, carpeta 1ª inst. exp. digital), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado de la demandante MYRIAM STELLA DAZA CORREA del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad realizado el 8 de marzo de 2000, así como el traslado horizontal que se realizó como consecuencia de esa operación comercial de cesión por fusión a PROTECCIÓN S. A. el 31 de diciembre de 2012, para entender vinculada a la demandante en forma válida al régimen solidario de prima media administrado por COLPENSIONES, todo de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la AFP PROTECCIÓN S. A., a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES todos los valores que recibió con motivo de la afiliación de la demandante MYRIAM STELLA DAZA CORREA por concepto de cotizaciones obligatorias, bonos pensionales en el evento que ya se encuentren redimidos, con todos los rendimientos financieros que produjo ese dinero mientras estuvo en su poder, de igual manera deberá devolver los gastos de administración, los valores de los seguros previsionales, y el porcentaje para constituir el fondo de garantía de pensión mínima con cargo a sus propios recursos, todo conforme la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: ORDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES aceptar el traslado y recibir los dineros que efectúe la AFP PROTECCIÓN S. A., para que proceda a activar la afiliación de la demandante MYRIAM STELLA DAZA CORREA, como si nunca se hubiese traslado del régimen de prima media con prestación definida, y asimismo actualice la información de la historia laboral de la demandante en semanas de tiempo cotizado.

CUARTO: DECLARAR NO PROBADA la excepción de prescripción propuesta por ambas demandadas, conforme lo considerado en la parte motiva.

QUINTO: CONDENAR EN COSTAS, incluidas las agencias en derecho a las demandadas COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S. A., las que se tasan en la suma de \$1.800.000 a cargo de cada una.

Para fundamentar su decisión sostuvo que revisados los documentos de la demanda no se evidenció ninguna multifiliación, por lo cual el despacho no tenía por qué pronunciarse sobre ese punto, además de que cuando la demandante quiso hacer el ejercicio de quererse trasladar le faltaban menos de 10 años para pensionarse, de manera que no pudo haber ocurrido la multifiliación a la que había hecho alusión en el escrito de demanda.

Arguyó que, para el 8 de marzo del año 2000, ya existía toda una materia normativa que obligaba a las AFP a brindar esa información completa, veraz, oportuna, objetiva y comparada acerca de las características de los dos regímenes pensionales, como lo establecía el numeral 1, artículo 97 del Decreto 663 de 1993, debiéndose recordar que las AFP se encontraban vigiladas por la Superintendencia Bancaria hoy Superintendencia Financiera, quien le exigía brindar información sobre los dos regímenes pensionales que ya se encontraba para la época, lo cual se comparaba con el artículo 12 del Decreto 720 de 1994, que establecía las obligaciones de los promotores, entre otras normas ya existentes para el momento del traslado, existiendo una línea jurisprudencial por parte de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia que ha sido ratificada, reforzada y complementada sobre el deber de información por parte de las AFP al momento del traslado de régimen pensional.

Adujo que, con la sentencia del 9 de septiembre del año 2009, radicado 31289, se determinó por primera vez que la carga de la prueba se encontraba en cabeza de las entidades demandadas, también se informó que la firma libre y voluntaria del formulario no era suficiente para dar cumplimiento al deber de información, de la misma manera se ha señalado que los traslados horizontales o el tiempo de permanencia de un afiliado en el RAIS, incluso de que no se hubiera trasladado al RPM durante las oportunidades legales no convalida el acto inicial del traslado de régimen a otro que genera la ineficacia, también había tenido la oportunidad de concluir la Corte cuáles eran los efectos de la ineficacia, determinando que una vez declarada la ineficacia los fondos deben devolver al RPM todos los valores que hubiere recibido por concepto de cotizaciones obligatorias y los todos los rendimientos financieros que produjo ese dinero, como devolver los conceptos por gastos de administración, por primas de seguros previsionales y por porcentaje para constituir el fondo de garantía de pensión mínima con cargo a sus propios recursos, lo cual no afecta a ningún tercero.

Refirió que, siguiendo la anterior línea jurisprudencial se tenía que esa firma libre y voluntaria del formulario no tenía el efecto de que se cumplió con el deber de información; agregó que, analizados los medios de prueba que conformaban el proceso no se había logrado evidenciar que a la demandante se le hubiere brindado una información objetiva, comparada y transparente acerca de las características de

los dos regímenes pensionales en el momento del traslado de un régimen a otro lo cual conllevaba a que debiera declarar ineficaz el traslado.

CONSULTA

Ninguna de las partes formuló recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, por lo que el *a quo* resolvió remitirlo a la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito de Bogotá, a efectos de que se surtiera el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión a resolver el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del CPTSS

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual que hizo la demandante a través de la AFP Protección S.A., es ineficaz por falta de información, como consecuencia de ello, si hay lugar a trasladar a Colpensiones los todos aportes realizados por parte de la actora en el RAIS.

En el presente asunto no son materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: *i)* que la señora Myriam Stella Daza Correa nació el 3 de enero de 1960 (f° 15, archivo 01, carpeta 1ª inst. exp. Digital); *ii)* que la actora estuvo afiliada al RPM con Colpensiones entre el 4 de agosto de 1984, hasta el 30 de abril de 2000, acumulando un total de 603,43 semanas (f° 37 a 38, archivo 11, carpeta 1ª inst. exp. Digital); *iii)* que se trasladó al RAIS administrado por la AFP Colmena hoy Protección S.A., a través de formulario de afiliación suscrito el **8 de marzo del año 2000**, con fecha de efectividad a partir de 1 de mayo del mismo año (f° 35 y 39, archivo 11, carpeta 1ª inst. exp. Digital).

INEFICACIA DEL TRASLADO

Ha sostenido la alta Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral que, cuando el conflicto suscitado tiene como origen la omisión de información al afiliado por parte de la AFP en el momento de traslado de régimen pensional debe analizarse desde la figura jurídica de la ineficacia, puesto que al transgredirse el derecho a que el cambio de régimen pensional sea libre y voluntario, el efecto jurídico previsto por el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, no es otro que el de la ineficacia de la afiliación sin perjuicio de que adicionalmente solicite el resarcimiento de perjuicios

que considera se le causaron (CSJ SL3871-2021, CSJ SL 3611-2021, CSJ SL3537-2021 y CSJ SL 1565 - 2022). Por consiguiente, no es necesario que se configure un vicio en su consentimiento por error de hecho, fuerza o dolo, puesto que al tratarse de ineficacia del traslado debe centrarse en establecer si la administradora de pensiones cumplió con su deber de información en el momento que el afiliado tomó la decisión de cambiarse de sistema pensional.

Igualmente se fijó por esa Corporación que, es a las administradoras de pensiones a quienes les corresponde acreditar el cumplimiento del deber de información, pues exigir al afiliado una prueba del incumplimiento por parte de la AFP al deber de información es un despropósito, en la medida que la alegación de no recibir información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuar el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; además, estableció que la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento, y finalmente explicó que no era razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación tienen una clara preeminencia respecto al afiliado lego, a tal punto que la legislación considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en desfavor de los consumidores financieros (artículo 11, literal b), Ley 1328 de 2009) (CSJ SL1452-2019).

Asimismo, ha indicado la Sala de Casación Laboral de la CSJ que el fondo privado cumple con su deber de información cuando la asesoría brindada para el momento en que el afiliado decide trasladarse contiene una información suficiente, transparente, cierta y oportuna, es decir, cuando se hace una adecuada ilustración sobre las características, condiciones, consecuencias, riesgos, ventajas y desventajas de la determinación de cambio de régimen pensional, deber que ha existido desde la creación de las sociedades administradoras de fondos de pensiones y cuyo cumplimiento permite que la elección de cualquiera de los regímenes pensionales sea libre y voluntaria conforme lo ordena el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 (CSJ SL755-2022, CSJ SL3349-2021 y CSJ SL1565 - 2022).

En ese sentido, precisó dicha Corporación que no puede argüirse que *«existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito»* (CSJ SL12136-2014, CSJ SL1467-2021). Igualmente, resaltó que el

Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.º del artículo 97, la obligación de las mismas de «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado», haciendo alusión a la Ley 795 de 2003, «Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones», en la cual se recalca en su artículo 21, ese deber **preexistente** de información a cargo de las AFP, en el sentido que la información suministrada tenía como propósito no solo evaluar las mejores opciones del mercado sino también la de «poder tomar decisiones informadas».

Concluyó la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral que, desde su fundación, las AFP tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. Sobre el particular, cabe traer a colación, lo dicho en la sentencia CSJ SL4025-2021, en la que se expuso:

Esta Corte desde hace varios años, ha puntualizado, que la información que se ha de proporcionar al afiliado (a), debe efectuarse bajo la óptica de que quien la brinda sabe de su importancia y valor, a fin de orientar a este en aquellos aspectos que pueden acarrear consecuencias mayúsculas, como es el caso del cambio de régimen, evento en el que la administradora tiene el deber del buen consejo, de ilustración suficiente, dándole a conocer las diferentes alternativas, lo que en todo caso, va más allá de una simple información o diligenciamiento de un formulario de vinculación o traslado, aspectos que precisamente son de los que se duele el demandante, no acontecieron en su caso.

Así las cosas, en cuanto al deber de información exigible a las AFP, se ha considerado que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de las AFP, se estableció en cabeza de estas el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, acerca de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas (CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019, CSJ SL4360-2019, CSJ 2611-2020, CSJ SL4806-2020, entre otras).

Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria (1993-2009), al de asesoría y buen consejo (2009-2014), y finalmente al de doble asesoría (2014- en adelante). Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido (sentencia CSJ SL4062-2021).

Así, para la fecha en la que la actora se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad –**8 de marzo del año 2000**-, la obligación de la AFP se enmarcaba en el primer periodo, según el cual debía entregar información suficiente y transparente que le permitiera elegir «*libre y voluntariamente*» la opción que mejor se ajustara a sus intereses (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019), conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 -posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003-, lo cual implicaba la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

Conforme lo anterior, la AFP Protección que fue la que propició el acto del traslado de régimen pensional tenía el deber de asesoría e información suficiente y transparente, pues desde la creación del sistema el legislador previó el derecho de toda persona a elegir libre y voluntariamente el régimen pensional, lo cual no puede desconocerse, atentarse o impedirse en cualquier forma, so pena de las sanciones de que trata el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 y que la afiliación quede sin efecto, esto es, que se produzca su ineficacia, lo que ocurre justamente cuando la AFP omite su deber de información, tal y como lo ha señalado la Corte (CSJ SL4360-2019).

Ahora bien, aun cuando en el expediente obra el formulario de solicitud de afiliación de la AFP Protección suscrito el **8 de marzo del año 2000**, de él solo se advierte la fecha de su diligenciamiento, los datos personales y laborales de la actora, de modo que únicamente da cuenta de una exigencia requerida para el ingreso de un afiliado con la fórmula pre-impresa en la casilla destinada a la firma, sin que del mismo pueda concluirse que dicha AFP cumplió con el deber de suministrar al afiliado una ilustración suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna sobre las implicaciones de abandonar el esquema de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras.

Y es que en este punto debe advertirse que no basta con la suscripción del formulario de afiliación, para darle plena validez al traslado, porque la «[...] *firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado»* (CSJ SL1688-2019, reiterada en la CSJ SL1741-2021, donde se rememoran las sentencias CSJ SL1452-2019, CSJ SL1421-2019, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL19447-2017).

Bajo el anterior contexto, resulta claro que la administradora de pensiones, no cumplió con el deber de información suficiente, clara, comprensible y oportuna sobre las características de los dos regímenes pensionales y las consecuencias que

implicaba el retirarse del RPM al que se encontraba afiliado, carga probatoria que a ellas les correspondía como se tiene adoctrinado por nuestro máximo órgano de cierre (CSJ SL1565-2022, CSJ SL1055-2022, CSJ, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4426-2019, CSJ SL4806-2020 y CSJ SL4062-2021); en consecuencia, como ello no se acreditó, conduce a que **el traslado se torne ineficaz**, como acertadamente lo concluyó la juez de primer grado, por lo que habrá de confirmarse su decisión en lo relativo a este punto.

En lo que respecta a los **gastos de administración, las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia** y demás emolumentos ordenados devolver por parte de los fondos de pensiones privados, cabe reseñar que la figura jurídica de la ineficacia del traslado, supone que el mismo nunca ocurrió; es decir, debe entenderse que no existió el cambio al sistema privado de pensiones, lo que conduce a retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, como si el acto jurídico no hubiese existido, como efectos *ex tunc* (desde siempre). Bajo ese horizonte, resulta totalmente válido, que se disponga que las AFP privadas, trasladen a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, gastos de administración, primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, entre otros, con cargo a sus propias utilidades, tal y como lo ha admitido la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, pudiéndose traer a colación la sentencia CSJ SL1467-2021, en la que adoctrinó:

[...] en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al RAIS, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.

Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado 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 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 SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJ SL2877-2020 y CSJ SL4811-2020). (Subrayadas fuera del texto original).

En similar sentido, en providencia CSJ SL1795-2017, reiterada en la CSJ SL4025-2021, entre muchas otras, se asentó:

*“La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, **sumas adicionales de la aseguradora**, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.*

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en

que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.

Cabe agregar, que por vía jurisprudencial se ha aceptado que los fondos de pensiones también deben devolver a Colpensiones las «*primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos*» (CSJ SL1055-2022, entre muchas otras). Al respecto, encuentra esta Sala de decisión que el *a quo* omitió ordenar de manera completa la restitución de los mentados emolumentos y la indexación respectiva.

Por lo tanto, se hace necesario Modificar y Adicionar el numeral segundo de la sentencia de primer grado, en el sentido de CONDENAR a la AFP Protección S.A. a trasladar a Colpensiones y esta a su vez a recibir por parte de aquella, las cotizaciones recibidas en su integridad, los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima **debidamente indexados** y con cargo a sus propios recursos, y los rendimientos con las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, más los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., y demás rubros que posea la demandante en su cuenta de ahorro individual, toda vez que el *a quo* omitió ordenar en su totalidad la devolución de los mismos, como lo dispone la sentencia en cita, pues como se dijo, estos hacen parte de la cuenta de la demandante y con ellos es claro, que habrá de financiarse las prestaciones a que haya lugar por parte de Colpensiones.

Dichos valores deben ser indexados, como quiera que, por el transcurso del tiempo, han sufrido pérdida del valor adquisitivo, no siendo viable que Colpensiones deba asumir esta pérdida, de otro lado, pese a que la cuenta de ahorro individual de la actora generó rendimientos, ellos no compensan la devaluación que se pretende proteger con la indexación.

Lo anterior, no genera ningún detrimento ni un desequilibrio para Colpensiones, ni afecta su sostenibilidad financiera, dado que, la ineficacia del traslado de régimen de la demandante implica, como ya se dijo, la devolución de todos los dineros por él aportados al RAIS más sus rendimientos, frutos e intereses que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de esta 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 (CSJ SL 4911-2019).

PRESCRIPCIÓN

En cuanto a la excepción de prescripción que propusieron las demandadas, esta Sala ha manifestado reiteradamente que la acción de ineficacia del traslado entre

regímenes pensionales es imprescriptible porque se trata de un estado jurídico que no está sujeto a aquel fenómeno extintivo, a diferencia de lo que sucede con los derechos de crédito (CSJ SL1688-2019, reiterada en CSJ SL4360-2019).

COSTAS

Sin costas en esta instancia, por no haberse formulado recurso por ninguna de las partes.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR Y MODIFICAR EL NUMERAL SEGUNDO de la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en el sentido de **CONDENAR** a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** a pagar con su propio patrimonio y trasladar a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**, las cotizaciones recibidas en su integridad, los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los aportes al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, y los rendimientos con las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, más los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., debidamente indexados. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

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

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

República de Colombia



Libertad y Orden

Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL

5MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	11001310500420210013501
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	ANGÉLICA PATRICIA CÓRDOBA ALVARADO
DEMANDADO	- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES - ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

En Bogotá D. C. a los treinta y un (31) días del mes de octubre de dos mil veintitrés (2023), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA:

ANTECEDENTES

Pretende la señora **Angélica Patricia Córdoba Alvarado** se **declare** que Porvenir S.A. omitió el deber de asesoría clara, precisa y real en la afiliación que hizo en el mes de diciembre de 2000, para vincularla al fondo privado, se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado al RAIS, al estar viciado el consentimiento ante la falta de asesoría. En consecuencia, se condene a Porvenir S.A. a trasladar sus aportes a pensión a Colpensiones junto con los rendimientos financieros; que se condene a Colpensiones a aceptar el traslado, a lo que resulte probado ultra y extra petita, al pago de costas y agencias en derecho (f°3, archivo 01, carpeta 1 instancia, exp. Digital).

Como hechos fundamento de las pretensiones (f° 3 a 4, archivo 1, carpeta 1ª inst. exp. digital), señaló en síntesis, que estuvo afiliada al ISS; que Porvenir S.A. sin asesoría alguna y en un trámite de masa, logró que firmará el formulario de afiliación a dicho fondo en diciembre del año 2000, sin que le brindará asesoría sobre las consecuencias que le generaba el cambio de régimen.

Narró que, Porvenir nunca le informó sobre las ventajas y desventajas de trasladarse de régimen pensional, ni le prestó proyecciones económicas de uno y otro régimen para cuando cumpliera los requisitos pensionales; que nació el 27 de diciembre de 1964; que ha tratado por todos los medios mantener su afiliación en el régimen de prima media y no ha permitido la demandada su traslado.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** contestó (archivo 09, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento de la actora; frente a los demás, dijo no constarle.

Como excepciones de mérito, propuso las de inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de régimen, imposibilidad de declarar la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen, responsabilidad *sui generis* de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (acto legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política), buena fe, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y la innominada o genérica.

La **AFP PORVENIR** contestó (archivo 08, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose también a las pretensiones de la demanda; en cuanto a los hechos, manifestó no ser ciertos algunos de ellos y no constarle los demás. Como medio de defensa, propuso las excepciones de fondo de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 17 de abril de 2023 (archivo 18, carpeta 1ª inst. exp. digital), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación de ANGÉLICA PATRICIA CÓRDOBA ALVARADO a la **AFP PORVENIR**, realizada en el año 2001, por los motivos expuestos. En consecuencia, **DECLARAR** que para todos los efectos legales la afiliada nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y, por tanto, siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.

SEGUNDO: CONDENAR a la **AFP PORVENIR** 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, por el periodo en que la

demandante permaneció afiliada a esa administradora, al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES que, una vez, se efectúe el anterior trámite, acepte sin dilación alguna el traslado de la demandante al régimen de prima media con prestación definida junto con sus correspondientes aportes.

CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas por las demandadas.

QUINTO: CONDENAR en costas a la demandada AFP PORVENIR. Fíjense como agencias en derecho la suma de \$ 1/2 smmlv.

Para Fundamentar su decisión, sostuvo que conforme lo definido la Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Laboral de manera pacífica y reiterada, desde que se implementó el sistema integral de Seguridad Social en pensiones, se estableció en cabeza de las AFP, brindar a sus potenciales afiliados en forma clara, precisa y oportuna acerca de las características de cada uno de los regímenes pensionales con el fin de que puedan tomar decisiones informadas. Asimismo, señaló que el deber de información ha sido identificado en tres periodos: **i)** entre el año 1993, hasta el 2009, **ii)** desde el 2009, hasta 2014, y **iii)** desde el 2014, en adelante.

Manifestó que, de acuerdo con lo anterior, para la fecha en que la actora se trasladó al RAIS, la obligación de la AFP se enmarcaba en el primer periodo, en el cual debía entregar información suficiente y transparente, que le permitiera elegir libre y voluntariamente que opción que mejor se ajusta a sus intereses conforme lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 del numeral primero del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la ley 795 de 2013.

Consideró que, el formulario de vinculación, no demostraba que la AFP de forma previa a la suscripción de ese documento, hubiese dado a conocer al afiliado la información completa y comprensible que le permitiera tener conocimiento de la trascendencia de su decisión, pues únicamente reflejaba que su firma se hizo de manera libre y voluntaria, siendo el fondo privado quien tenía la obligación de acreditar que cumplió con el deber de información, motivo por el cual debía declararse ineficaz el traslado de régimen pensional.

RECURSO DE APELACIÓN

La **AFP PORVENIR S.A.** formuló recurso de apelación, solicitando se declare probadas las excepciones de fondo propuestas en la contestación de la demanda, en consecuencia se revoque todas y cada una de las condenas en su contra, frente a lo cual debía considerarse que la entidad siempre actuó de buena fe en relación con el traslado

del régimen pensional que realizó la demandante de forma libre, voluntaria y consciente, tal y como había quedado expresado en el formulario de afiliación, el cual se encontraba ajustado a los requisitos establecidos en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, siendo dicho documento, prueba suficiente de la libertad de afiliación del accionante.

Precisó que, la información que se entregó se hizo de manera verbal, ya que para dicho momento no existía la obligación de dejar documentada la asesoría que se brindaba a la potencial afiliada, por lo que solo bastaba con el formulario de afiliación, por lo cual no resultaba plausible que el Juez estableciera que dicho documento no era una prueba suficiente, poniéndole a las administradoras la carga de aportar un documento diferente al formulario de afiliación. Refirió que, conforme lo anterior, para la fecha en que se materializó el traslado no se encontraba en cabeza de las AFP el deber del buen consejo o de la doble asesoría, cumpliéndose con las obligaciones de carácter legal que estaban a su cargo durante el periodo de la filiación de la accionante, sin que pudiera colegirse, ni encontrarse prueba de una acción u omisión de la misma que pudiera conllevar a la declaración de ineficacia del traslado del régimen pensional.

Adujo que, en lo referente a la condena interpuesta en el numeral segundo de la sentencia, no correspondía con las normas legales que gobernaban las restituciones mutuas, toda vez que a la persona a la cual se ordenaba restituir o devolver un bien, en este caso una suma depositada en una cuenta de ahorro individual, igualmente debiera devolver las sumas que invirtió para mantener ese bien y para incrementar las sumas allí depositadas.

En cuanto a los gastos de administración y las primas de seguros previsionales, indicó que no era viable por tratarse de una imposible práctico y jurídico, como quiera que las AFP estaban expresamente facultadas por la Ley 100 de 1993, a cobrar dichos gastos, los cuales incluían el seguro previsional, dineros que ya habían sido causados y utilizados, por lo que generaría un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones, cuando la misma póliza ya fue pagada por el lapso de tiempo de permanencia de la demandante en dicho régimen, frente al cual estuvo protegida por los eventuales riesgos de invalidez y sobrevivencia.

En cuanto a la indexación de las condenas, arguyó que en la parte resolutive de la sentencia SL2817-2019, se estableció que la indexación solo se hacía frente a los gastos administrativos. Adicionalmente, a ello no había lugar a dicha imposición, toda vez que con el traslado de los rendimientos compensaba la depreciación del poder adquisitivo de la moneda que hubiese podido generar dichos emolumentos, lo cual se fundamentaba en las restituciones mutuas producto de la ineficacia respecto a la cual se aplica el artículo 1746 del Código Civil, al no existir una norma que regulara la temática de ineficacia, tanto en la Ley 100 de 1993, como en materia comercial, haciendo uso de la analogía del citado

artículo, posición que se asumía en tanto la jurisprudencia civil como en lo laboral, en especialmente en la sentencia SL 2946- 2021, Todo ello con el fin de suplir cualquier déficit fiscal que se pudiera ocasionar con el traslado de la demandante.

COLPENSIONES sustentó su recurso señalando que se encontraba inconforme respecto de la inversión de la carga de la prueba, el cual recaía únicamente en cabeza de la AFP, para lo cual debía tenerse en cuenta que la demandante contaba con los medios y las capacidades para comprender qué era lo que estaba firmando. De igual manera, tampoco se podía considerar a la parte actora como la parte débil en este proceso, pues tenía las capacidades para ilustrarse y asesorarse de la mejor manera.

Acotó que, las actuaciones llevadas a cabo por la entidad habían sido de buena fe y la negativa a recibir nuevamente a la demandante se basaba única y exclusivamente en cuanto a que no cumplía con el deber legal establecido en el artículo 13 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 del 2003, frente a lo cual debía considerarse el principio de sostenibilidad financiera del sistema, pues la demandante ya cumplía con los requisitos para pensionarse y entraría a beneficiarse de los aportes de los demás afiliados del RPM.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación interpuesto por Porvenir y Colpensiones, así como en el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última en lo no apelado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del CPTSS.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual que hizo la demandante a través de la AFP Porvenir S.A., es ineficaz por falta de información, y si como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a COLPENSIONES todos aportes realizados por la actora en el RAIS, debidamente indexados.

En el presente asunto no es materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: *i)* que la señora Angélica Patricia Córdoba Alvarado nació el 27 de diciembre de 1964 (f° 8, archivo 01, carpeta 1ª inst. exp. Digital); *ii)* que estuvo vinculado al ISS realizando aportes pensionales desde el 26 de octubre de 1984, hasta el 31 de diciembre de 1998 (archivo 10, de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); y *iii)* que el **27 de febrero de 2001**, se

trasladó al RAIS mediante la suscripción de un formulario de vinculación con Porvenir S.A., el cual se hizo efectivo a partir del 1 de abril de la misma anualidad, entidad en la cual se encuentra afiliada actualmente (f° 28 y 62, archivo 08, de la carpeta 1ª inst. exp. Digital).

INEFICACIA DEL TRASLADO

Ha sostenido la alta Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral que, cuando el conflicto suscitado tiene como origen la omisión de información al afiliado por parte de la AFP en el momento de traslado de régimen pensional debe analizarse desde la figura jurídica de la ineficacia, puesto que al transgredirse el derecho a que el cambio de régimen pensional sea libre y voluntario, el efecto jurídico previsto por el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, no es otro que el de la ineficacia de la afiliación sin perjuicio de que adicionalmente solicite el resarcimiento de perjuicios que considera se le causaron (CSJ SL3871-2021, CSJ SL 3611-2021, CSJ SL3537-2021 y CSJ SL 1565 - 2022). Por consiguiente, no es necesario que se configure un vicio en su consentimiento por error de hecho, fuerza o dolo, puesto que al tratarse de ineficacia del traslado debe centrarse en establecer si la administradora de pensiones cumplió con su deber de información en el momento que el afiliado tomó la decisión de cambiarse de sistema pensional.

Igualmente se fijó por esa Corporación que es a las administradoras de pensiones a quienes les corresponde acreditar el cumplimiento del deber de información, pues exigir al afiliado una prueba del incumplimiento por parte de la AFP al deber de información es un despropósito, en la medida que la alegación de no recibir información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuar el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; además, estableció que la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento, y finalmente explicó que no era razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación tienen una clara preeminencia respecto al afiliado lego, a tal punto que la legislación considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en desfavor de los consumidores financieros (artículo 11, literal b), Ley 1328 de 2009) (CSJ SL1452-2019).

Asimismo, ha indicado la Sala de Casación Laboral de la CSJ que el fondo privado cumple con su deber de información cuando la asesoría brindada para el momento en que el afiliado decide trasladarse contiene una información suficiente, transparente, cierta

y oportuna, es decir, cuando se hace una adecuada ilustración sobre las características, condiciones, consecuencias, riesgos, ventajas y desventajas de la determinación de cambio de régimen pensional, deber que ha existido desde la creación de las sociedades administradoras de fondos de pensiones y cuyo cumplimiento permite que la elección de cualquiera de los regímenes pensionales sea libre y voluntaria conforme lo ordena el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 (CSJ SL755-2022, CSJ SL3349-2021 y CSJ SL1565 - 2022).

En ese sentido, precisó dicha Corporación que no puede argüirse que *«existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito»* (CSJ SL12136-2014, CSJ SL1467-2021). Igualmente, resaltó que el Decreto 663 de 1993, *«Estatuto Orgánico del Sistema Financiero»*, aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.º del artículo 97, la obligación de las mismas de *«suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado»*, haciendo alusión a la Ley 795 de 2003, *«Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones»*, en la cual se recalca en su artículo 21, ese deber **preexistente** de información a cargo de las AFP, en el sentido que la información suministrada tenía como propósito no solo evaluar las mejores opciones del mercado sino también la de *«poder tomar decisiones informadas»*.

Concluyó la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral que, desde su fundación, las AFP tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses.

Sobre el particular, cabe traer a colación, lo dicho en la sentencia CSJ SL4025-2021, en la que se expuso:

Esta Corte desde hace varios años, ha puntualizado, que la información que se ha de proporcionar al afiliado (a), debe efectuarse bajo la óptica de que quien la brinda sabe de su importancia y valor, a fin de orientar a este en aquellos aspectos que pueden acarrear consecuencias mayúsculas, como es el caso del cambio de régimen, evento en el que la administradora tiene el deber del buen consejo, de ilustración suficiente, dándole a conocer las diferentes alternativas, lo que en todo caso, va más allá de una simple información o diligenciamiento de un formulario de vinculación o traslado, aspectos que precisamente son de los que se duele el demandante, no acontecieron en su caso.

Así las cosas, en cuanto al deber de información exigible a las AFP, se ha considerado que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de las AFP, se estableció en cabeza de estas el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, acerca de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas (CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019, CSJ SL4360-2019, CSJ 2611-2020, CSJ SL4806-2020, entre otras).

Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria (1993-2009), al de asesoría y buen consejo (2009-2014), y finalmente al de doble asesoría (2014- en adelante). Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido (sentencia CSJ SL4062-2021).

Así, para la fecha en la que la accionante se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad –**27 de febrero de 2001**-, la obligación de la AFP se enmarcaba en el primer periodo, según el cual debía entregar información suficiente y transparente que le permitiera elegir «*libre y voluntariamente*» la opción que mejor se ajustara a sus intereses (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019), conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 -posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003-, lo cual implicaba la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

Conforme lo anterior, la AFP Porvenir que fue la que propició el acto del traslado de régimen pensional tenía el deber de asesoría e información suficiente y transparente, pues desde la creación del sistema el legislador previó el derecho de toda persona a elegir libre y voluntariamente el régimen pensional, lo cual no puede desconocerse, atentarse o impedirse en cualquier forma, so pena de las sanciones de que trata el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 y que la afiliación quede sin efecto, esto es, que se produzca su ineficacia, lo que ocurre justamente cuando la AFP omite su deber de información, tal y como lo ha señalado la Corte (CSJ SL4360-2019).

Ahora bien, aun cuando en el expediente obra el formulario de solicitud de afiliación de la AFP Porvenir suscrito el **27 de febrero de 2001**, de él solo se advierte la fecha de su diligenciamiento, los datos personales y laborales de la accionante, de modo que únicamente da cuenta de una exigencia requerida para el ingreso de un afiliado con la

fórmula pre-impresa en la casilla destinada a la firma, sin que del mismo pueda concluirse que dicha AFP cumplió con el deber de suministrar al afiliado una ilustración suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna sobre las implicaciones de abandonar el esquema de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras.

Y es que en este punto debe advertirse que no basta con la suscripción del formulario de afiliación, para darle plena validez al traslado, porque la «[...] firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado» (CSJ SL1688-2019, reiterada en la CSJ SL1741-2021, donde se rememoran las sentencias CSJ SL1452-2019, CSJ SL1421-2019, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL19447-2017).

Bajo el anterior contexto, resulta claro que la administradora de pensiones, no cumplió con el deber de información suficiente, clara, comprensible y oportuna sobre las características de los dos regímenes pensionales y las consecuencias que implicaba el retirarse del RPM al que se encontraba afiliado, carga probatoria que a ella le correspondía como se tiene adoctrinado por nuestro máximo órgano de cierre (CSJ SL1565-2022, CSJ SL1055-2022, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4426-2019, CSJ SL4806-2020 y CSJ SL4062-2021); en consecuencia, como ello no se acreditó, conduce a que el traslado se torne ineficaz, como acertadamente lo concluyó el juez de primer grado, por lo que habrá de confirmarse su decisión en lo relativo a este punto.

En lo que respecta a los **gastos de administración, las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia** y demás emolumentos ordenados devolver por parte de los fondos de pensiones privados, cabe reseñar que la figura jurídica de la ineficacia del traslado, supone que el mismo nunca ocurrió; es decir, debe entenderse que no existió el cambio al sistema privado de pensiones, lo que conduce a retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, como si el acto jurídico no hubiese existido, como efectos *ex tunc* (desde siempre). Bajo ese horizonte, resulta totalmente válido, que se disponga que la AFP privadas, traslade a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, gastos de administración, primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, entre otros, con cargo a sus propias utilidades, tal y como lo ha admitido la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, pudiéndose traer a colación la sentencia CSJ SL1467-2021, en la que adoctrinó:

[...] en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción que el mismo nunca

ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al RAIS, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.

Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado 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 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 SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJ SL2877-2020 y CSJ SL4811-2020). (Subrayadas fuera del texto original).

En similar sentido, en providencia CSJ SL1795-2017, reiterada en la CSJ SL4025-2021, entre muchas otras, se asentó:

*“La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, **sumas adicionales de la aseguradora**, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.*

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.

Cabe agregar, que por vía jurisprudencial se ha aceptado que los fondos de pensiones también deben devolver a Colpensiones las «*primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, **debidamente indexados** y con cargo a sus propios recursos*» (CSJ SL1055-2022, entre muchas otras); tal y como lo dispuso el juez de instancia, en la sentencia objeto de censura.

Se precisa además que, conforme lo consideró el *a quo*, dichos valores deben ser indexados, pues por el transcurso del tiempo han sufrido pérdida del valor adquisitivo, no siendo viable que Colpensiones deba asumirla. Igualmente es de resaltar que, conforme a las sentencias precitadas, resulta acertada la orden de restitución de intereses y frutos en los términos del artículo 1746 del Código Civil, como quiera que, como se indicó ello es una consecuencia jurídica de la ineficacia del traslado que no es otra que las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de traslado jamás hubiera existido.

Lo anterior, no genera ningún detrimento ni un desequilibrio para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, dado que, la ineficacia del traslado de régimen del demandante implica, como ya se dijo, la devolución de todos los dineros por ella

aportados al RAIS más sus rendimientos, frutos e intereses que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de esta 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 (CSJ SL 4911-2019).

PRESCRIPCIÓN

En cuanto a la excepción de prescripción que propusieron las demandadas, esta Sala ha manifestado reiteradamente que la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible porque se trata de un estado jurídico que no está sujeto a aquel fenómeno extintivo, a diferencia de lo que sucede con los derechos de crédito (CSJ SL1688-2019, reiterada en CSJ SL4360-2019).

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de las demandadas Porvenir S.A. y Colpensiones, como quiera que sus recursos de alzada no prosperaron, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del CGP.

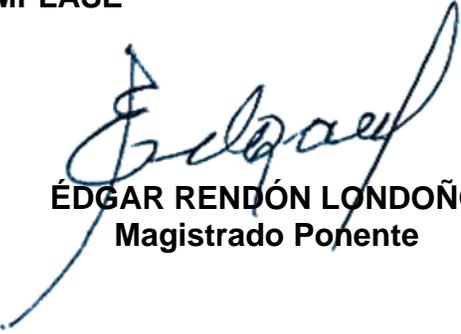
En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia emitida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de Porvenir S.A. y Colpensiones.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

AUTO DEL PONENTE:

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de Porvenir S.A. y Colpensiones, la suma de \$1.160.000, para cada una de ellas.



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

República de Colombia



Libertad y Orden

Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	11001310500720200026901
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	LUZ STELLA GONZÁLEZ
DEMANDADO	<ul style="list-style-type: none"> - ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES - ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A - COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS - SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.,

En Bogotá D. C. a los treinta y un (31) días del mes de octubre de dos mil veintitrés (2023), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA:**ANTECEDENTES**

Pretende la señora **Luz Stella González** se **declare** la nulidad y/o ineficacia del traslado efectuado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual el 01 de febrero de 2004, ante la AFP Colfondos S.A., por existir falta de información y buen consejo. En consecuencia, solicita que se **ordene** anular los traslados horizontales posteriores efectuados a las AFPs Protección S.A. y Skandia S.A.; que se ordene a Protección S.A. a trasladar a Colpensiones la totalidad de los dineros que se encuentran depositados en su cuenta de ahorro individual; que se ordene a Colpensiones a recibir los aportes y a corregir y actualizar su historia laboral; que se declare que para todos los efectos la única afiliación válida es la del RPM; que se condene a las demandadas al pago de costas, agencias de derecho y a lo que resulte probado ultra y extra petita.

Como hechos fundamento de las pretensiones (archivo 02, carpeta 1ª inst. exp. digital), señaló en síntesis que nació el 25 de septiembre de 1963, por lo que cumpliría la edad para acceder a la pensión de vejez en el año 2020; que cotizó desde su afiliación al ISS desde el 22 de mayo de 1986, acumulando 34,29 semanas; que el 01 de febrero de 2004, se trasladó al RAIS con Colfondos S.A., acto que no estuvo precedido de la suficiente ilustración, de modo que no existió consentimiento en libertad; que el 01 de julio de 2006, se trasladó a Protección S.A.; que el 08 de junio de 2008 se trasladó a Old Mutual hoy Skandia S.A.; que el 01 de enero de 2001, se trasladó a Protección S.A.; que la AFP Old Mutual S.A. – hoy Skandia no le informó el 25 de septiembre de 2010, acerca de la posibilidad de retornar al RPM conforme lo establecía la Ley 797 de 2003.

Refirió que, de pensionarse en el RAIS su mesada ascendería a un salario mínimo legal mensual vigente; que el día 15 de julio de 2020, elevó derechos de petición a Protección S.A., Colfondos S.A., Skandia S.A. y a Colpensiones encaminados a que se declarara la nulidad de su afiliación al RAIS y se le retornara al RPM, los cuales fueron contestados de manera negativa por cada una.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** contestó (f° 1- 41 archivo 11, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento de la actora, afiliación al RPM y semanas acumuladas en dicho régimen, petición presentada y respuesta; en relación a de los demás hechos, dijo no constarle.

Como excepciones de mérito, propuso las de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de 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.

COLFONDOS S.A. contestó (f°1- 11 archivo 13, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose también a las pretensiones de la demanda; en cuanto a los hechos, aceptó que la actora nació el 25 de septiembre de 1963; que solicitó afiliación a Colfondos S.A. el 01 de diciembre de 2003, con efectividad del 01 de febrero de 2004, y que ésta presentó un derecho de petición encaminado a que se le retornara al RAIS. Respecto de los demás hechos dijo que no eran ciertos o que no le constaban. Como excepciones de fondo propuso las de buena fe, innominada o genérica, compensación y pago.

SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. contestó (f°1- 19 archivo 17, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose también a las pretensiones de la demanda; en cuanto a los hechos, aceptó que la actora a través del diligenciamiento de formulario de afiliación se trasladó a Skandia S.A., con efectividad del 01 de junio de 2008, hasta el 31 de diciembre de 2010, así como que la demandante formuló petición por medio de la cual solicitó su retorno al RAIS. Respecto de los demás hechos indicó que no le constaban o que no eran ciertos.

Como excepciones de mérito, propuso las de Skandia no participó ni intervino en el momento de selección de régimen, el 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 facticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por el demandante, prescripción, buena fe y genérica

Adicional a lo anterior, se debe indicar que **SKANDIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS**, llamó en garantía a **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.** (f° 71-74, archivo 17 carpeta 1 exp. digital), con fundamento en los contratos de seguro previsional suscritos entre dicha entidad y SKANDIA cuya vigencia iba del 01 de enero de 2008, y el 31 de diciembre de 2010.

Respecto de dicha solicitud, el *a quo* mediante auto del 19 de agosto de 2021, dispuso, entre otros asuntos, que el mentado llamamiento resultaba improcedente, debido a que el objeto del litigio no tenía relación alguna con las coberturas otorgadas por los seguros con base en los cuales se solicitó la vinculación de MAPFRE. Contra esta decisión no se presentó recurso alguno.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 24 de febrero de 2022 (archivo 35 y 36, carpeta 1ª inst. exp. digital), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación y traslado realizado por la señora demandante en el fondo Colfondos en el año 2004 según el formulario que ya fue relacionado en las consideraciones, con Protección el 31 mayo del 2006, con Skandia 9 de abril de 2008 y con la AFP Protección el 19 noviembre 2010.

SEGUNDO: ORDERNAR a Protección a trasladar la totalidad de los valores depositados en la cuenta ahorro individual de la que es titular la señora Luz Stella González cubriendo los rendimientos que hubiesen generado hasta que sea efectivo dicho traslado al régimen de prima media con prestación definida Administrado por Colpensiones.

TERCERO: ORDENAR a los fondos Colfondos, Protección y Skandia devolver a Colpensiones todos los valores descontados de los aportes pensionales de la Demandante mientras estuvo afiliada a cada uno de esos fondos privados tales como gastos de administración, comisiones o cualquier otro emolumento bajo el valor que se hubiesen descontado de estos aportes pensionales, valores que deben ser reintegrados y devueltos a Colpensiones debidamente indexados a título de indemnización monetaria.

CUARTO: ORDENAR a Colpensiones a recibir sin solución discontinuada como su afiliada al régimen de prestación de prima media con prestación definida a la señora Demandante desde su afiliación inicial a instituto de seguros sociales.

QUINTO: Dadas las resultas del proceso se declaran no probadas las excepciones propuestas por Colpensiones, Colfondos, Protección y Skandia en sus contestaciones.

SEXTO: Las condenas en costas son a cargo de Colfondos, Protección y Skandia. Las agencias en derecho se tasan a favor de la Demandante en dos salarios mínimos legales mensuales vigentes a cargo de cada fondo y a la fecha del pago, no hay lugar a condena en costas contra Colpensiones.

Para fundamentar su decisión, sostuvo que los Fondos Privados de Pensiones, desde su creación, tenían la obligación de suministrar a los usuarios de los servicios la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita a través de elementos de juicio claros y objetivos escoger la mejor opción en el mercado, conforme lo estableció la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral, en consonancia con lo previsto en el numeral 1, artículo 33 del Decreto 663 de 1993. Resaltó que, el artículo 1603 del Código Civil, consagra el principio de buena fe en la celebración de contratos, el cual implica que las partes deben contar con la información suficiente sobre los actos que celebran, máxime tratándose de relaciones contractuales derivadas del Sistema de Seguridad Social en favor de trabajadores.

Arguyó que, ese deber de informar no nació a partir de la norma que reformó la Ley 100 de 1993; que respecto a esa evolución normativa del deber de información en cabeza de la AFP, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en sentencia SL1452 de 2019, aclaró y sintetizó el tema, en tres etapas: **i)** deber de información, artículo 13, literal b), artículos 271 y 272 de la Ley 100 de 1993; encontrándose la AFP en esta etapa la momento en que se efectuó el traslado de la demandante al RAIS, esto es, en el año 1999, por lo que tenía como mínimo el fondo de ilustrar las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales vigentes; **ii)** en esta etapa, con la Ley 1328 de 2009 y Decreto 2241 de 2010, el legislador introdujo el deber de asesoría y buen consejo; y **iii)** con la ley 1748 de 2014 y Decreto 2061 de 2015, se introdujo la doble asesoría.

Refirió que, no podía olvidarse que de acuerdo con lo enseñado por Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, el deber de información debió

cumplirse desde la pre afiliación al sistema y durante su permanencia al fondo privado. De otro lado, señaló que al afirmar la actora que no recibió asesoría al momento del traslado pensional, se estaba frente a un supuesto negativo que debía valorarse frente a lo dispuesto en el artículo 167 del CGP, en cuanto a que las negaciones indefinidas no requerían de prueba, por lo que era obligación de la AFP probar que sí había suministrado la información suficiente, lo cual también tenía asidero con lo señalado en el artículo 1604 del Código Civil.

Indicó que, a fin de establecer si la AFP cumplió con la carga de la prueba obraba formulario de afiliación a la AFP Colfondos de fecha 01 de diciembre de 2003, en el cual se relacionaba una información básica, personal y familiar; que también se hallaba formulario de afiliación a Protección S.A. del 31 de mayo de 2006 donde se relacionaba la información personal de la demandante; que esta AFP también allegó formulario de afiliación del 19 de noviembre de 2010, donde relacionó los datos personales de la demandante y como fondo de pensiones anterior a Skandia SA; que se avizoraba también formulario de afiliación diligenciado por la actora para trasladarse a Skandia S.A. el 09 de abril de 2008 donde igualmente se relacionaban los datos personales de aquella; que también obraba documento expedido el registro SIAFP donde se evidenciaba el traslado de régimen pensional de la demandante del ISS hoy Colpensiones a Colfondos el 01 de diciembre de 2003, de Colfondos a ING hoy Protección S.A. 31 de mayo de 2005, de Protección a Skandia el 09 de abril de 2008, y de Skandia nuevamente a Protección el 19 de noviembre de 2010.

Concluyó que, no obraba ningún medio probatorio que diera certeza y veracidad suficiente de que las AFPS demandadas al momento de efectuar el traslado primigenio al RAIS como los posteriores, le hubiesen suministrado a la demandante una información veraz, clara, comprensible y detallada respecto de las consecuencias que tenía su futuro pensional situación que constituía una omisión en su deber de información en los términos legales y jurisprudencialmente relacionados; que en cuanto al interrogatorio de parte no se había observado ningún tipo de confesión, por lo cual debía declararse la ineficacia del traslado de régimen pensional.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES presentó recurso de apelación solicitando que se revocara en su integridad la sentencia. Para tal efecto, adujo que el a quo había realizado una indebida interpretación del artículo 167 del CGP, en razón a que con base en ese precepto debió haberse exigido a la parte actora acreditar los vicios de error, fuerza y dolo, como quiera que las partes tenían la obligación de probar los supuestos fácticos que fundaban sus alegaciones; que en razón a que el traslado primigenio en el RAIS se

dio en el año 2004, resultaba imposible para la AFP probar las circunstancias que rodearon el traslado, máxime si se tenía en cuenta que para esa data no era obligatorio dejar un registro documental de la información suministrada; que en tal sentido el Juez no tuvo en cuenta que nadie estaba obligado a lo imposible.

PROTECCIÓN S.A. interpuso recurso de apelación parcial respecto a la condena de trasladar los dineros correspondientes a las cuotas de administración y seguros previsionales con destino a Colpensiones. Sobre el particular indicó que estos descuentos eran legales exequibles y vigentes, que se realizaban en ambos regímenes, es decir, que si la demandante hubiese permanecido afiliada al RPM estos descuentos igualmente si hubiesen efectuado; que el a quo no tuvo en cuenta que sobre los ahorros de la actora se generaron rendimientos que no hubiesen sido obtenidos si ella hubiera permanecido en el RPM, por lo que ordenar la restitución conjunta de los gastos de administración y de tales rendimientos generaría un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones.

Finalmente, solicitó que se declarara la prescripción de la obligación de reembolso de los gastos de administración, toda vez que correspondían a obligaciones de tracto sucesivo y no tenían como vocación financiar la mesada pensional, por lo que el término prescriptivo resultaba plenamente aplicable.

COLFONDOS S.A. interpuso recurso de apelación parcial únicamente respecto de la condena que se impuso a retornar a Colpensiones lo atinente a los gastos de administración, comisiones de seguros previsionales junto con la orden de indexación de dichos conceptos. Para tal efecto argumentó que los gastos de administración estaban autorizados por la Ley para compensar la gestión de administración de la AFP, la cual permitió la generación de rendimientos financieros y la capitalización de la cuenta personal de la demandante; que un porcentaje de esos emolumentos se destinaba al pago de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia que permitieron que durante el tiempo de afiliación de la demandante, ésta tuviese la cobertura necesaria para cubrir tales riesgos; que el hecho de que estos riesgos no se hubiesen materializado no implicaba que las coberturas no se hubiesen causado, por lo que era improcedente ordenar retrotraer tales asuntos; que el a quo no tuvo en cuenta que en el RPM también se reconocían gastos de administración a favor de Colpensiones, por lo que ordenar su restitución generaría un enriquecimiento sin justa causa para esta entidad en perjuicio de la AFP.

Refirió que, de mantenerse la orden de restituir los gastos de administración y los dineros de la cuenta de la actora, sería improcedente ordenar de manera conjunta la

indexación de tales emolumentos, como quiera que los rendimientos generados compensaron y superaron la pérdida del valor en el tiempo del dinero.

SKANDIA S.A. interpuso recurso de apelación parcial únicamente respecto de la condena que se impuso a retornar a Colpensiones lo atinente a los gastos de administración. Al respecto indicó que tales deducciones eran autorizadas por Ley; que el a quo no tuvo en cuenta el artículo 7 del Decreto 3995 de 2008 el cual refería que los traslados de recursos entre el sistema general de pensiones solo versaban sobre el saldo en unidades de los aportes efectuados a nombre del trabajador, destinados a la respectiva cuenta individual, por lo que al decretarse la nulidad e ineficacia de la afiliación sólo resultaba procedente el traslado de los saldos de la cuenta de ahorro individual del afiliado, toda vez que no existía fundamento legal que habilitara la devolución de los gastos de administración.

Adujo además que, no era posible reintegrar las sumas descontadas por conceptos de comisión de administración dado que éstas se habían destinado una parte a pagar las pólizas para el cubrimiento de los seguros de invalidez y muerte y la otra parte para sufragar los gastos de administración, de ahí que parte el mencionado porcentaje ya fue pagado a la aseguradora para cubrir los riesgos de invalidez y muerte de manera que estos recursos ya no se encontraban en las arcas de la AFP.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver los recursos de apelación interpuestos por Protección S.A., Colfondos S.A., Skandia S.A. y por Colpensiones, así como en el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última en lo no apelado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del CPTSS.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual que hizo la demandante a través de la AFP Colfondos y los traslados horizontales posteriores son ineficaces por falta de información, y si como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a COLPENSIONES todos aportes realizados por la actora en el RAIS, junto con los gastos de administración y demás deducciones.

En el presente asunto no es materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: *i)* que la señora **LUZ STELLA GONZÁLEZ** nació el 25 de septiembre de 1963 (f° 94, archivo 02, carpeta 1ª inst. exp. Digital); *ii)* que estuvo vinculada al ISS realizando aportes pensionales desde el 23 de mayo de 1986 hasta el 21 de enero de 1987 (archivo 12, de

la carpeta 1ª inst. exp. Digital); **iii)** que el **01 de diciembre de 2003**, se trasladó al RAIS mediante la suscripción de un formulario de vinculación con Colfondos S.A., el cual se hizo efectivo a partir del **01 de febrero de 2004** (f° 10 archivo 10, de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); y **iv)** con posterioridad efectuó traslados horizontales del siguiente modo:

- Por medio de solicitud del 31 de mayo de 2006, se trasladó a la AFP ING hoy Protección S.A. con fecha de efectividad del 01 de julio de 2006
- Por medio de solicitud del 09 de abril de 2008 se trasladó a la AFP Skandia con fecha de efectividad del 01 de junio de 2008
- Por medio de solicitud del 19 de noviembre de 2010 se trasladó a la AFP Protección con fecha de efectividad del 01 de enero de 2011

INEFICACIA DEL TRASLADO

Ha sostenido la alta Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral que, cuando el conflicto suscitado tiene como origen la omisión de información al afiliado por parte de la AFP en el momento de traslado de régimen pensional debe analizarse desde la figura jurídica de la ineficacia, puesto que al transgredirse el derecho a que el cambio de régimen pensional sea libre y voluntario, el efecto jurídico previsto por el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, no es otro que el de la ineficacia de la afiliación sin perjuicio de que adicionalmente solicite el resarcimiento de perjuicios que considera se le causaron (CSJ SL3871-2021, CSJ SL 3611-2021, CSJ SL3537-2021 y CSJ SL 1565 - 2022). Por consiguiente, no es necesario que se configure un vicio en su consentimiento por error de hecho, fuerza o dolo, puesto que al tratarse de ineficacia del traslado debe centrarse en establecer si la administradora de pensiones cumplió con su deber de información en el momento que el afiliado tomó la decisión de cambiarse de sistema pensional.

Igualmente, se fijó por esa Corporación que es a las administradoras de pensiones a quienes les corresponde acreditar el cumplimiento del deber de información, pues exigir al afiliado una prueba del incumplimiento por parte de la AFP al deber de información es un despropósito, en la medida que la alegación de no recibir información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuar el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; además, estableció que la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento, y finalmente explicó que no era razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación tienen una clara preeminencia respecto al afiliado lego, a tal punto que la legislación considera

una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en desfavor de los consumidores financieros (artículo 11, literal b), Ley 1328 de 2009) (CSJ SL1452-2019).

Así mismo, ha indicado la Sala de Casación Laboral de la CSJ que el fondo privado cumple con su deber de información cuando la asesoría brindada para el momento en que el afiliado decide trasladarse contiene una información suficiente, transparente, cierta y oportuna, es decir, cuando se hace una adecuada ilustración sobre las características, condiciones, consecuencias, riesgos, ventajas y desventajas de la determinación de cambio de régimen pensional, deber que ha existido desde la creación de las sociedades administradoras de fondos de pensiones y cuyo cumplimiento permite que la elección de cualquiera de los regímenes pensionales sea libre y voluntaria conforme lo ordena el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 (CSJ SL755-2022, CSJ SL3349-2021 y CSJ SL1565 - 2022).

En ese sentido, precisó dicha Corporación que no puede argüirse que *«existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito»* (CSJ SL12136-2014, CSJ SL1467-2021). Igualmente, resaltó que el Decreto 663 de 1993, *«Estatuto Orgánico del Sistema Financiero»*, aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.º del artículo 97, la obligación de las mismas de *«suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado»*, haciendo alusión a la Ley 795 de 2003, *«Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones»*, en la cual se recalca en su artículo 21, ese deber **preexistente** de información a cargo de las AFP, en el sentido que la información suministrada tenía como propósito no solo evaluar las mejores opciones del mercado sino también la de *«poder tomar decisiones informadas»*.

Concluyó la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral que, desde su fundación, las AFP tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. Sobre el particular, cabe traer a colación, lo dicho en la sentencia CSJ SL4025-2021, en la que se expuso:

Esta Corte desde hace varios años, ha puntualizado, que la información que se ha de proporcionar al afiliado (a), debe efectuarse bajo la óptica de que quien la brinda sabe de

su importancia y valor, a fin de orientar a este en aquellos aspectos que pueden acarrear consecuencias mayúsculas, como es el caso del cambio de régimen, evento en el que la administradora tiene el deber del buen consejo, de ilustración suficiente, dándole a conocer las diferentes alternativas, lo que en todo caso, va más allá de una simple información o diligenciamiento de un formulario de vinculación o traslado, aspectos que precisamente son de los que se duele el demandante, no acontecieron en su caso.

Así las cosas, en cuanto al deber de información exigible a las AFP, se ha considerado que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de las AFP, se estableció en cabeza de estas el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, acerca de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas (CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019, CSJ SL4360-2019, CSJ 2611-2020, CSJ SL4806-2020, entre otras).

Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria (1993-2009), al de asesoría y buen consejo (2009-2014), y finalmente al de doble asesoría (2014- en adelante). Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido (sentencia CSJ SL4062-2021).

Así, para la fecha en que el accionante se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad –**01 de febrero de 2004**, la obligación de la AFP se enmarcaba en el primer periodo, según el cual debía entregar información suficiente y transparente que le permitiera elegir «*libre y voluntariamente*» la opción que mejor se ajustara a sus intereses (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019), conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 -posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003-, lo cual implicaba la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

Conforme lo anterior, la AFP Colfondos que fue la que propició el acto del traslado de régimen pensional tenía el deber de asesoría e información suficiente y transparente, pues desde la creación del sistema el legislador previó el derecho de toda persona a elegir libre y voluntariamente el régimen pensional, lo cual no puede desconocerse, atentarse o impedirse en cualquier forma, so pena de las sanciones de que trata el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 y que la afiliación quede sin efecto, esto es, que se produzca su ineficacia, lo que ocurre justamente cuando la AFP omite su deber de información, tal y como lo ha señalado la Corte (CSJ SL4360-2019).

Ahora bien, aun cuando en el expediente obran formularios de solicitud de afiliación de las AFPs, de ellos solo se advierte la fecha de su diligenciamiento, los datos personales y laborales de la accionante, de modo que únicamente da cuenta de una exigencia requerida para el ingreso de un afiliado con la fórmula pre-impresa en la casilla destinada a la firma, sin que del mismo pueda concluirse que dichas AFPs cumplieran con el deber de suministrar al afiliado una ilustración suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna sobre las implicaciones de abandonar el esquema de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras.

Además, se pone de presente que la Corte Suprema de Justicia también ha señalado que no basta con la suscripción del formulario de afiliación, para darle plena validez al traslado, porque la *«[...] firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado»* (CSJ SL1688-2019, reiterada en la CSJ SL1741-2021, donde se rememoran las sentencias CSJ SL1452-2019, CSJ SL1421-2019, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL19447-2017).

Frente al reparo formulado por Colpensiones según el cual para la fecha en que la demandante llevó a cabo el traslado al RAIS no le era exigible a Colfondos S.A. suministrar la información con el detalle que se requiere, la Sala indica que no está llamado a prosperar, pues, además de lo expuesto por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia CSJ SL1055-2022 citada previamente, lo cierto es que desde el año 1993, se consagró la obligación en cabeza de las administradoras de fondo de pensiones de informar de manera integral y suficiente a los afiliados del sistema, para que estos pudiesen escoger el régimen pensional que les resulte más favorable, conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 -posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003- y el párrafo del artículo 18 del Decreto 656 de 1994. Este último, textualmente establece: *«PARAGRAFO. Los informes sobre modalidades de pensión que suministren las administradoras a los afiliados deberán contener los datos necesarios y suficientes sobre las alternativas existentes, de tal forma que permitan a los afiliados tomar decisiones que consulten sus mejores intereses.»*

Tampoco podría sostenerse que al haber realizado la afiliada traslados horizontales de un fondo de pensiones a otro, dentro del mismo régimen –actos de relacionamiento-, conocía a cabalidad las características del RAIS o que ello demuestre su voluntad de permanecer en él, toda vez que lo que se debe verificar en estos eventos,

es si al momento de surtirse el cambio inicial de régimen pensional de prima media al RAIS, al asegurado le fue dada la información suficiente para tomar la decisión de traslado, pues si ello no ocurrió, los actos posteriores no conducen a convalidar tal irregularidad. Así se ha dicho por la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia CSJ SL1055-2022, que en lo pertinente dijo:

Precisamente en este punto la Corte advierte que la opositora Old Mutual S.A. sugiere que la afiliación entre regímenes privados es un acto de relacionamiento que implica su voluntad de permanecer al RAIS. Si bien el Tribunal no acudió expresamente a este argumento, lo cierto es que destacó que el afiliado tuvo la oportunidad de trasladarse en el periodo de gracia que estableció la Ley 797 de 2003 para retornar a Colpensiones y no lo hizo, lo que a su juicio ratificaba su voluntad de continuar en el RAIS.

*Pues bien, como se explicó en las sentencias CSJ SL5686-2021 y SL5688-2021, los argumentos de esta índole son inadmisibles pues desatienden que el eje central de estas discusiones está en determinar si al momento del traslado de prima media al RAIS la persona contó con información suficiente para tomar esa decisión. **En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad.** (Negritas fuera del texto original).*

De modo que no es dable siquiera sugerir que los posteriores traslados entre administradoras pueden configurar un acto de relacionamiento capaz de ratificar la voluntad de permanencia en ellas, como se infiere de las decisiones de la Sala de Descongestión de esta Corte CSJ SL249-2022 y SL259-2022. Nótese que conforme la perspectiva explicada, esa voluntad de permanencia en el RAIS es inane dado que no desvirtúa el incumplimiento del deber de información y además ubica la discusión en actuaciones que estarían respaldadas en un acto jurídico ineficaz, esto es, el del traslado inicial. (Negritas fuera del texto original).

Justamente lo anterior explica que la acción para demandar estos asuntos no sea la de nulidad - como también lo sugieren de forma equivocada aquellas providencias- sino la de ineficacia, en la cual, se reitera, lo relevante es determinar, sin más agregados, si la persona al momento de suscribir el acto de traslado de régimen pensional ha sido debidamente informada sobre las ventajas, desventajas y consecuencias de su traslado y permanencia en el RAIS.

Por tanto, nuevamente se enfatiza que este es el precedente vigente y en vigor de la Sala de Casación Laboral de esta Corte, y recoge cualquier otro que le sea contrario, en especial el condensado en aquellas providencias.

Bajo el anterior contexto, resulta claro que las administradoras de pensiones, no cumplieron con el deber de información suficiente, clara, comprensible y oportuna sobre las características de los dos regímenes pensionales y las consecuencias que implicaba el retirarse del RPM al que se encontraba afiliado, carga probatoria que a ellas les correspondía como se tiene adoctrinado por nuestro máximo órgano de cierre (CSJ SL1565-2022, CSJ SL1055-2022, CSJ, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4426-2019, CSJ SL4806-2020 y CSJ SL4062-2021); en consecuencia, como ello no se acreditó, conduce a que **el traslado se torne ineficaz**, como acertadamente lo concluyó la juez de primer grado, por lo que habrá de confirmarse su decisión en lo relativo a este punto.

En lo que respecta a los **gastos de administración, las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia** y demás emolumentos ordenados devolver por parte de los fondos de pensiones privados, cabe reseñar que la figura jurídica de la ineficacia del traslado, supone que el mismo nunca ocurrió; es decir, debe entenderse que no existió el cambio al sistema privado de pensiones, lo que conduce a retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, como si el acto jurídico no hubiese existido, como efectos *ex tunc* (desde siempre). Bajo ese horizonte, resulta totalmente válido, que se disponga que las AFP privadas, trasladen a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, gastos de administración, primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, entre otros, con cargo a sus propias utilidades, tal y como lo ha admitido la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, pudiéndose traer a colación la sentencia CSJ SL1467-2021, en la que adoctrinó:

[...] en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al RAIS, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.

Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado 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 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 SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJ SL2877-2020 y CSJ SL4811-2020). (Subrayadas fuera del texto original).

En similar sentido, en providencia CSJ SL1795-2017, reiterada en la CSJ SL4025-2021, entre muchas otras, se asentó:

*“La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, **sumas adicionales de la aseguradora**, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.*

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.

Cabe agregar, que por vía jurisprudencial se ha aceptado que los fondos de pensiones, también deben devolver a Colpensiones las «*primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos*» (CSJ SL1055-2022, entre

muchas otras). Al respecto, se avizora que el a quo no ordenó la devolución completa de los anteriores valores.

Por lo tanto, se hace necesario **Modificar y Adicionar** el numeral segundo de la sentencia de primer grado, en el sentido de CONDENAR a la AFP Protección S.A. a trasladar a Colpensiones y esta a su vez a recibir por parte de aquella, las cotizaciones recibidas en su integridad, los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, y los rendimientos con las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, más los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., y demás rubros que posea la demandante en su cuenta de ahorro individual, toda vez que el a quo omitió ordenar en su totalidad la devolución de los mismos, como lo dispone la sentencia en cita, pues como se dijo, estos hacen parte de la cuenta de la demandante y con ellos es claro, que habrá de financiarse las prestaciones a que haya lugar por parte de Colpensiones.

Así mismo, se deberá adicionar el numeral tercero a efectos de ordenar a Skandia y Colfondos a trasladar a Colpensiones y esta a su vez a recibir por parte de aquella las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, y los rendimientos con las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, más los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., y demás rubros que se hubiesen generado durante la afiliación que tuvo la actora en esta AFP.

Dichos valores deben ser indexados, como quiera que por el transcurso del tiempo, han sufrido pérdida del valor adquisitivo, no siendo viable que Colpensiones deba asumirla; de otro lado, pese a que la cuenta de ahorro individual de la actora generó rendimientos, ellos no compensan la devaluación que se pretende proteger con la indexación, contrario a lo indicado por Colfondos en su reparo.

Lo anterior, no vulnera el principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema, dado que, la ineficacia del traslado de régimen de la demandante implica, como ya se dijo, la devolución de todos los dineros por él aportados al RAIS más sus rendimientos, frutos e intereses que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de esta 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 (CSJ SL 4911-2019).

PRESCRIPCIÓN

En cuanto a la excepción de prescripción que propuesta por Colpensiones, esta Sala ha manifestado reiteradamente que la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible porque se trata de un estado jurídico que no está sujeto a aquel fenómeno extintivo, a diferencia de lo que sucede con los derechos de crédito (CSJ SL1688-2019, reiterada en CSJ SL4360-2019).

De otra parte, tenemos que ni los gastos de administración ni los valores por concepto de primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, tampoco son objeto del fenómeno prescriptivo, habida cuenta que estos recursos al contribuir con la financiación y construcción de un derecho pensional tampoco podrían ser objeto de prescripción, aún más, cuando estos recursos constituyen un fondo común de naturaleza pública, que garantiza no solo el pago de las eventuales prestaciones a las que pudiera tener derecho el aquí demandante, sino, el de todos los afiliados del régimen de prima media con prestación definida. De ahí que se deba despachar desfavorablemente el reparo efectuado por Protección S.A.

Frente a las demás excepciones propuestas por la parte pasiva, se declararán no probadas como quiera que la ineficacia del traslado salió avante.

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo Colpensiones, como quiera que su recurso de alzada no prosperó, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del CGP.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR Y MODIFICAR EL NUMERAL SEGUNDO de la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en el sentido de **CONDENAR** a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A.** a pagar con su propio patrimonio y trasladar a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**, las cotizaciones recibidas en su integridad, los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los aportes al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, y los rendimientos con las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la

pensión de vejez, más los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., debidamente indexados. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

SEGUNDO: ADICIONAR Y MODIFICAR EL NUMERAL TERCERO de la sentencia apelada y consultada, proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en el sentido de **ORDENAR** a la **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** y a **SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**, a trasladar a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** y esta a su vez a recibir por parte de aquellas las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, y los rendimientos con las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, más los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., y demás rubros que se hubiesen generado durante la afiliación que tuvo la demandante en esta AFP.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada.

CUARTO: COSTAS en esta instancia a cargo de **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A., SKANDIA S.A.** y de **COLFONDOS S.A.**

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada


ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

AUTO PONENTE:

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de Colpensiones, Skandia S.A., Protección S.A. y de Colfondos, la suma de \$1.160.000 para cada una.



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

ACLARACIÓN DE VOTO

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE LUZ STELLA GONZÁLEZ CONTRA COLPENSIONES y OTRO (RAD. 7-2020-00269-01)

M.P. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

Con el debido respeto de mis compañeros de sala, me permito aclarar el voto pues si bien estoy de acuerdo con que debe ser adicionada por la Sala la determinación tomada en primer grado, en cuanto a que las administradoras de fondos demandadas deben devolver los rendimientos, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, empero, se debió dejar por sentado que aunque la actora realizó su última cotización en el régimen de prima media con prestación definida lo fue el 21 de enero de 1987, sin que se presenten aportes en ese régimen con posterioridad al 1° de abril de 1994, ello no es óbice para mantener la calidad de afiliada al citado régimen, siendo su vinculación al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por Colfondos S.A. que tuvo ocurrencia el 1° de diciembre de 2003, un traslado, conforme pasa a exponerse:

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

De esta manera, quienes a partir de la vigencia del nuevo sistema general de pensiones requirieran vincularse al sistema general de pensiones debían escoger entre uno y otro régimen, no pasando lo mismo con quienes antes del 1° de abril de 1994 se encontraban afiliados al otrora ISS, hoy Colpensiones, ya que es el mismo decreto el que establece a renglón seguido en el artículo 4° que seguirán vinculados al régimen de prima media con prestación definida, entre otros "*los trabajadores del sector privado y los afiliados voluntarios que seleccionen el régimen solidario de prima media con prestación definida deberán vincularse al Instituto de los Seguros Sociales, ISS, o continuar vinculados a éste si ya lo están*", (Negrilla fuera del texto), circunstancia esta última que acontece en el sub examine, pues la actora a pesar de no haber sufragado cotizaciones al ISS con posterioridad al 1° de abril de 1994, venía afiliado al régimen de prima media con prestación definida a través del ISS desde el 23 de mayo de 1986, y de ninguna manera puede considerarse que la falta de cotizaciones le haga perder tal condición, pues ello sería tanto como desconocer su vinculación y cotizaciones al sistema pensional antes de 1994, máxime cuando la afiliación al régimen pensional es única, permanente y vitalicia, pues así lo ha adoctrinado la Corte Suprema de Justicia desde vieja data, en los anteriores términos:

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

Así mismo del artículo 11 del Decreto 692 de 1994, se deduce que quienes antes del 1º de abril de 1994 venían afiliados al ISS, Caja, fondo o entidad del sector público no requieren diligenciar nuevamente formulario de afiliación para entenderse incorporados al régimen de prima media con prestación definida y así se consagra en los siguientes términos:

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

De lo anterior, de manera cristalina se logra establecer que la falta de cotizaciones al 1º de abril de 1994 no implica que la afiliada al régimen de prima media con prestación definida pierda la señalada calidad a ese régimen, tampoco que deba diligenciar un nuevo formulario de afiliación, pues en aquellos eventos, como acaeció en el sub examine, venía afiliado al ISS desde el 23 de mayo de 1986 y sin necesidad de nuevo formulario o afiliación al ISS, se trasladó de régimen pensional el 01 de diciembre de 2003 a Colfondos S.A.

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

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

(...)

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

De esta manera, la afiliación al régimen pensional es única y vitalicia, y no se pierde o suspende por falta de cotizaciones, motivo por el cual, quienes a 1º de abril de 1994 venga afiliados al régimen de prima media con prestación definida, independientemente de que tengan o no cotizaciones con posterioridad al citado régimen y se afilian al RAIS, realizan un traslado de régimen pensional.

En los anteriores términos dejo plasmada mi aclaración de voto.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

República de Colombia



Libertad y Orden

**Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL**

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	11001310500720200031501
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	NURY FRANCELINA CONTRINO GARCÍA
DEMANDADO	- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES - SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

En Bogotá D. C. a los treinta y uno (31) días del mes de octubre de dos mil veintitrés (2023), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA:

ANTECEDENTES

Pretende la señora **Nury Francelina Cotrino García** se **declare** la ineficacia de la afiliación que hizo a la AFP Porvenir S.A. el 17 de marzo de 1999, por existir vicio del consentimiento, se declare vigente y sin solución de continuidad la afiliación que hizo al ISS, que es beneficiaria del régimen de transición y tiene derecho al reconocimiento a la pensión de vejez en los términos establecidos en el Acuerdo 049 de 1990. En consecuencia, se condene a Porvenir S.A. a reintegrar todos los dineros recibidos por concepto de aportes a Colpensiones con sus respectivos rendimientos a partir del 17 de marzo de 1999, debidamente indexado; que se condene a Colpensiones a recibirla sin solución de continuidad, al reconocimiento de la pensión de vejez a partir del 24 de junio de 2016, al pago de las mesadas causadas, junto con los intereses correspondientes, a lo que resulte probado ultra y extra petita y al pago de costas procesales (f° 4 a 5, archivo 02, carpeta 1ª inst. exp. digital).

Como hechos fundamento de las pretensiones (f° 1 a 2, archivo 02, carpeta 1ª inst. exp. digital), señaló en síntesis, que viene vinculada al sistema de seguridad social

de pensiones desde el 18 de abril de 1979, inicialmente en el sistema de prima media con prestación definida; que para el 1 de abril de 1994, había cotizado más de 15 años, por ende, es beneficiaria del régimen de transición.

Acotó que, el fondo de pensiones y cesantías para el año 1999, realizó una campaña con el fin de vincular trabajadores al RAIS, prometiendo excelentes rendimientos y menor tiempo para pensionarse, fue así como fue asaltada en su buena fe al afiliarse el 17 de marzo de 1999, a Colpatria Pensiones y Cesantías hoy Porvenir S.A.; que a pesar de que la afiliación aparece con fecha de radicación 17 de marzo de 1999, la certificación expedida por Porvenir S.A., figura su vinculación desde el 1 de mayo de 1999; que para el momento del traslado había cotizado a Colpensiones 870 semanas de cotización.

Narró que, la asesoría que recibió por parte de los funcionarios de Colpatria Pensiones y Cesantías hoy Porvenir S.A. se limitó a recalcar que su pensión sería mayor a la que podría recibir en Colpensiones; que jamás le explicaron que al tener para ese entonces 870 semanas ya había cumplido más del 80% del tiempo requerido por el régimen de prima media con prestación definida para el reconocimiento pensional, tampoco le informó que le faltaban tan solo 130 semanas para cumplir uno de los requisitos para pensionarse, esto es, en semanas cotizadas; que además, uno de los asesores le indicó que el ISS se iba a liquidar.

Arguyó que, jamás fue informada por el fondo privado acerca de la edad mínima y el saldo que debía acreditar en su cuenta de ahorro individual para poderse pensionar dignamente, así como tampoco le informaron sobre las consecuencias legales y económicas que el traslado le generaría; que si se pensionará en el fondo privado su mesada pensional sería de 1 SMLMV, mientras que en Colpensiones lo sería de 3 SMLMV; que ha cotizado en el sistema de seguridad social en pensiones un total de 1,751 semanas.

Agregó que, nació el 24 de junio de 1961; que presentó derecho de petición a Colpensiones de fecha 5 de agosto de 2020; que el 6 de agosto de la misma anualidad la entidad dio respuesta señalando que no era posible activar ninguna afiliación, ni recibir aportes por parte de la AFP.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (archivo 15, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó afiliación de la demandante en el RPM, fecha de nacimiento, petición y respuesta otorgada por la

entidad; en relación a los demás hechos, dijo no constarle alguno de ello y no ser ciertos los restantes.

Como excepciones de mérito, propuso las de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de 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 por parte de Colpensiones, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios, ni indemnización moratoria y la innominada o genérica.

La **AFP PORVENIR S.A.** contestó (archivo 18, carpeta 1ª inst. exp. digital) igualmente oponiéndose a las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos dijo no constarle y no ser ciertos algunos de ello. Propuso como medio de defensa las excepciones de fondo de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 23 de marzo de 2023 (archivo 38, carpeta 1ª inst. exp. digital), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación y traslado realizado por la señora NURY FRANCELINA COTRINO GARCÍA con la AFP COLPATRIA hoy PORVENIR, el 17 de marzo de 1999, contenida en el formulario No. 0194422.

SEGUNDO: ORDENAR a PORVENIR S.A., a trasladar la totalidad de los valores depositados en la cuenta de ahorro individual de la que es titular la señora NURY FRANCELINA COTRINO GARCÍA, dineros que deben incluir los rendimientos que se hubieren generado hasta que se haga efectivo dicho traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES.

TERCERO: ORDENAR a PORVENIR S.A., a devolver a Colpensiones, todos los descuentos realizados a los aportes pensionales de la demandante desde el año 1999, cuando ocurrió el traslado del régimen pensional, tales como el 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. Al momento de cumplirse esta orden, para lo cual se le concede al fondo demandado el término de treinta (30) días, contados a partir del auto de obediencia al Superior, deberán presentar un informe debidamente y discriminadamente con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes, descuentos objeto de devolución, su indexación y demás información relevante que los justifiquen y que prevengan controversias posteriores a la ejecutoria de esta sentencia.

CUARTO: ORDENAR a COLPENSIONES a recibir sin solución de continuidad como afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida al demandante desde su afiliación inicial al ISS.

QUINTO: ORDENAR a COLPENSIONES a que una vez se reciban los aportes, RECONOZCA la pensión de vejez a la demandante bajo los apremios de la Ley 100 de 1993, modificada por el Decreto 797 de 2003, una vez se acredite la desafiliación del sistema.

SEXTO: SE DECLARAN NO PROBADAS las excepciones presentadas por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS – PORVENIR S.A.

SÉPTIMO: SE CONDENA en costas a los fondos demandados y a favor del demandante. Las agencias en derecho se tasan en la suma de 2 SMMLV, al momento del pago, a cargo de cada uno de los fondos.

Para Fundamentar su decisión, sostuvo que los Fondos Privados de Pensiones, desde su creación, tenían la obligación de suministrar a los usuarios de los servicios la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita a través de elementos de juicio claros y objetivos escoger la mejor opción en el mercado, conforme lo estableció la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral, en consonancia con lo previsto en el numeral 1, artículo 33 del Decreto 663 de 1993. Resaltó que, el artículo 1603 del Código Civil, consagra el principio de buena fe en la celebración de contratos, el cual implica que las partes deben contar con la información suficiente sobre los actos que celebran, máxime tratándose de relaciones contractuales derivadas del Sistema de Seguridad Social en favor de trabajadores.

Arguyó que, ese deber de informar no nació a partir de la norma que reformó la Ley 100 de 1993; que respecto a esa evolución normativa del deber de información en cabeza de la AFP, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en sentencia SL1452 de 2019, aclaró y sintetizó el tema, en tres etapas: **i)** deber de información, artículo 13, literal b), artículos 271 y 272 de la Ley 100 de 1993; encontrándose la AFP en esta etapa la momento en que se efecto el traslado de la demandante al RAIS, esto es, en el año 1999, por lo que tenía como mínimo el fondo de ilustrar las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales vigentes; **ii)** en esta etapa, con le Ley 1328 de 2009 y Decreto 2241 de 2010, el legislador introdujo el deber de asesoría y buen consejo; **iii)** con la ley 1748 de 2014 y Decreto 2061 de 2015, se introdujo la doble asesoría.

Refirió que, no podía olvidarse que de acuerdo con lo enseñado por la Corte el deber de información debió cumplirse desde la pre afiliación al sistema y durante su permanencia al fondo privado. Enfatizó que, la demandante para la entrada en vigencia la ley 100 de 1993, contaba con 32 años de edad y 659,36 semanas cotizadas; por lo tanto, no era beneficiaria del régimen de transición. De otro lado, señaló que al afirmar la actora que no recibió asesoría al momento del traslado pensional, se estaba frente a un supuesto negativo que debía valorarse frente a lo dispuesto en el artículo 167 del CGP,

en cuanto a que las negaciones indefinidas no requerían de prueba, por lo que era obligación de la AFP probar que sí había suministrado la información suficiente, lo cual también tenía asidero con lo señalado en el artículo 1604 del Código Civil.

Indicó que, a fin de establecer si la AFP cumplió con la carga de la prueba para el año 1999, se había aportado historia laboral de la demandante, formulario de afiliación e información SIAFP, hizo relación a la declaración rendida por la actora en interrogatorio de parte, precisando que la misma no se dependía ningún tipo de confesión; de lo cual no obraba ningún medio de convicción que diera certeza que Colpatria hoy Porvenir le hubiere suministrado al momento del traslado a la demandante una información suficiente, clara, comprensible y detallada sobre las implicaciones del traslado, sin que tal deber se acreditará con el formulario de afiliación, pues se trataba de un formato pre impreso, por lo cual debía declararse ineficaz el traslado de régimen pensional.

En cuanto al reconocimiento de la pensión de vejez, sostuvo que de acuerdo a lo dicho anteriormente, la actora no era beneficiaria del régimen de transición, pero que al revisarse la historia laboral contaba con 1,700 semanas y tenía más de 57 años de edad, por lo que cumplía con los requisitos para la pensión de conformidad con lo dispuesto en la ley 797 de 2003, ordenando a Colpensiones reconocer la respectiva pensión una vez se efectuará el traslado de los aportes de la demandante y se acreditará la desafiliación al sistema pensional.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES presentó recurso de apelación en contra de la sentencia proferida, argumentando que la demandante se encontraba en una prohibición legal para retornar al régimen de prima media con prestación definida, toda vez que conforme a las pruebas aportadas a la demanda se observaba que la actora había solicitado el traslado cuando ya contaba con la edad para adquirir el derecho a la pensión, por lo cual no era viable retornar a Colpensiones de conformidad con lo contemplado en la ley 100 de 1993.

Indicó que, se presentaba una indebida interpretación del artículo 1604 del Código Civil, al señalarse que la responsabilidad radicaba exclusivamente en los fondos, sin que existiera un menor esfuerzo procesal en cabeza de la demandante. De otro lado, manifestó que no desconocía el amplio precedente jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral respecto de la ineficacia del traslado ante la falta del deber de información; sin embargo, la entidad se apartaba de esa tesis en el sentido de que ese deber de información se materializó con la expedición de la ley 1748 del año 2014 y Decreto 2071 de 2015, es así, que para los años 1993 a 2014, no se exigía nada diferente al documento de afiliación con la suscripción del mismo, con la plena intensidad de

permanecer al RAIS, por lo que no era posible imponer cargas adicionales, más teniendo en cuenta que Colpensiones no participó en el acto de traslado.

Agregó que, debía tenerse en cuenta el principio de sostenibilidad financiera del sistema conforme a lo analizado por la Corte Constitucional; que en caso de no acogerse a los argumentos expuestos se ordene a la AFP devolver la totalidad de las sumas cotizadas en el RAIS, que deberá comprender rendimientos financieros, bonos pensionales, cuotas abonadas al fondo de garantía de pensión mínima, gastos de administración y los demás a los que hubiere lugar, debidamente indexadas.

Finalmente, solicitó se revoque la condena en costas, arguyendo que si bien la entidad resultó vencida en juicio, lo cierto era que es un tercero que no participó en ese acto de afiliación, por lo que se le está causando un daño injustificado por un contrato suscrito por partes ajenas a Colpensiones.

La **AFP PORVENIR** argumento que si bien existe una línea jurisprudencial sobre los actos de traslado imputable a la falta del deber de información; no obstante, la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral ha sido enfática que debe ser aplicada de manera diferenciada de acuerdo a los supuestos fácticos en los que se exige una similitud, que en el presente caso no se dan esos presupuestos como quiera que el traslado al RAIS se dio de manera válida, precisamente con sustento en las cargas normativas impuestas a los fondos para el año del traslado, esto es, para el año 1999, en tal medida los términos tan rigurosos que se pretende reprochar a la entidad fueron impuestos posteriormente.

Relató que, no existen razones de hecho y tampoco de derecho que impliquen la ineficacia, siendo que la decisión de la actora la tomó por su propia cuenta, sin que objetara o elevara sus dudas en el fondo privado durante su permanencia en él. En cuanto a la devolución de rendimientos, señaló que era importante mencionar que no resultaba coherente que se declarará la ineficacia en ciertos sentidos y otros no; que precisamente la consecuencia jurídica de declararse la ineficacia era que el negocio jurídico nunca se celebró, luego los frutos de la gestión profesional que hizo la entidad tampoco se generaron, insistiendo que los rendimientos financieros son sumas privativas que pusieron a la demandante en una condición mejor y diferente de la que ostentaría en el régimen de prima media, configurándose entre otras en el enriquecimiento sin justa causa.

Añadió que, frente a Colpensiones había actuado como agente oficioso involuntario y lo hizo en los términos de los artículos 2304 y 2310 del Código Civil, precisamente porque creyendo administrar su propia actividad, sucedió que el fondo privado administró los negocios de otro, en este caso manejó los aportes de una afiliada,

de tal manera que una vez se declara la ineficacia del traslado debe entregar unos rendimientos superiores de los que hubiera tenido de haber sido gestionados por el encargado, en ese orden la agencia oficiosa involuntaria debe dar lugar al reembolso a la utilidad efectiva obtenida, lo cual se traduce a que solamente debería estar obligado a entregar a Colpensiones los rendimientos que hubiera tenido los aportes de haber estado administrados por esa entidad, de allí que en relación con los traslados de los recursos sea importante tener en cuenta la rentabilidad mínima de las reservas de Colpensiones, precisamente con base en los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia, pues no ser así, se constituiría a un híbrido totalmente extraño alejado de los efectos jurídicos de la ineficacia de exigirle al fondo entregar a Colpensiones los recursos de una cuenta de ahorro individual con los rendimientos obtenidos en el RAIS, pues precisamente lo que ordena la jurisprudencia es que las cosas vuelvan a su estado anterior.

Precisó que, en caso de que se disponga que se debe retornar todos los rendimientos financieros se ordene el descuento de las restituciones mutuas a que haya lugar porque independientemente del motivo que dé lugar a la ineficacia, debe reconocerse al fondo esos gastos de administración que ha hecho a favor de la afiliada, frente a lo cual es importante tener presente el artículo 1746 del Código Civil; por lo tanto, dichos rendimientos no están llamados a financiar la pensión; que el traslado de los dineros entre regímenes se hace de acuerdo con el artículo 7 Decreto 3995 de 2008, por lo que existiendo una norma que regula la situación no debería existir ninguna razón atendible de apartarse de ella.

En cuanto a la devolución de primas de seguros previsionales, arguyó que son dineros destinados a los seguros de invalidez y sobrevivencia trasladados en su momentos a las aseguradoras con las que fue cubierta la demandante durante su afiliación frente a esas dos contingencias, por lo que fueron dineros que cumplieron su finalidad, por lo que no resulta admisible su devolución, existiendo una imposibilidad material porque ya no está en su poder sino en terceros de buena fe; también resulta improcedente la condena por indexación como quiera que ante la eventual condena de reintegro de rendimientos financieros esas sumas son superiores a esa eventual orden, permitiendo a Colpensiones cubrir el reconocimiento pensional con un bien mejorado producto de la gestión de la entidad.

Respecto de las costas y agencias en derecho, solicitó fuera absuelta al desestimarse la ineficacia del traslado, igualmente teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 365 del CGP, como quiera que Porvenir concurrió a este trámite en apego a la normatividad procesal y en ejercicio de su derecho de defensa, atendiendo lo consagrado en el artículo 112 de la Ley 100 de 1993, que señala que se encontraba impedida a rechazar la voluntad de la afiliación para el año 1999.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación interpuesto por Porvenir S.A. y Colpensiones, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última en lo no apelado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del CPTSS.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual que hizo la demandante a través de la AFP Colpatria Pensiones y Cesantías hoy Porvenir S.A., es ineficaz por falta de información, y si como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a Colpensiones todos aportes realizados por la actora en el RAIS, debidamente indexados. Asimismo, si hay lugar o no ordenar el reconocimiento de la pensión de vejez a cargo de Colpensiones, en los términos definidos por el juez de primer grado, aspecto que se analizará en virtud del grado jurisdiccional de consulta que se conoce a favor dicha administradora de pensiones

En el presente asunto no son materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: *i)* que la señora Nury Francelina Cotrino García nació el 24 de junio de 1961 (fº 41, archivo 02, carpeta 1ª inst, exp. Digital); *ii)* que la actora estuvo afiliada al RPM con Colpensiones efectuado aportes entre el 18 de abril de 1979, hasta el 28 de febrero de 1999, acumulando un total de 867 semanas (archivo 17, carpeta 1ª inst, exp. Digital); y *iii)* que se trasladó al RAIS a través de la AFP Colpatria Pensiones y Cesantías hoy Porvenir S.A., suscribiendo formulario de afiliación el **17 de marzo de 1999**, la cual se hizo efectiva a partir del 1 de mayo del mismo año, entidad en la cual se encuentra afiliada actualmente. (fº53 y 65, archivo 18, carpeta 1ª inst, exp. Digital).

INEFICACIA DEL TRASLADO

Ha sostenido la alta Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral que, cuando el conflicto suscitado tiene como origen la omisión de información al afiliado por parte de la AFP en el momento de traslado de régimen pensional debe analizarse desde la figura jurídica de la ineficacia, puesto que al transgredirse el derecho a que el cambio de régimen pensional sea libre y voluntario, el efecto jurídico previsto por el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, no es otro que el de la ineficacia de la afiliación sin perjuicio de que adicionalmente solicite el resarcimiento de perjuicios que considera se le causaron (CSJ SL3871-2021, CSJ SL 3611-2021, CSJ SL3537-2021 y CSJ SL 1565 - 2022). Por consiguiente, no es necesario que se configure un vicio en su consentimiento

por error de hecho, fuerza o dolo, puesto que al tratarse de ineficacia del traslado debe centrarse en establecer si la administradora de pensiones cumplió con su deber de información en el momento que el afiliado tomó la decisión de cambiarse de sistema pensional.

Igualmente se fijó por esa Corporación que, es a las administradoras de pensiones a quienes les corresponde acreditar el cumplimiento del deber de información, pues exigir al afiliado una prueba del incumplimiento por parte de la AFP al deber de información es un despropósito, en la medida que la alegación de no recibir información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuar el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; además, estableció que la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento, y finalmente explicó que no era razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación tienen una clara preeminencia respecto al afiliado lego, a tal punto que la legislación considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros (artículo 11, literal b), Ley 1328 de 2009) (CSJ SL1452-2019).

Asimismo, ha indicado la Sala de Casación Laboral de la CSJ que el fondo privado cumple con su deber de información cuando la asesoría brindada para el momento en que el afiliado decide trasladarse contiene una información suficiente, transparente, cierta y oportuna, es decir, cuando se hace una adecuada ilustración sobre las características, condiciones, consecuencias, riesgos, ventajas y desventajas de la determinación de cambio de régimen pensional, deber que ha existido desde la creación de las sociedades administradoras de fondos de pensiones y cuyo cumplimiento permite que la elección de cualquiera de los regímenes pensionales sea libre y voluntaria conforme lo ordena el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 (CSJ SL755-2022, CSJ SL3349-2021 y CSJ SL1565 - 2022).

En ese sentido, precisó dicha Corporación que no puede argüirse que *«existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito»* (CSJ SL12136-2014, CSJ SL1467-2021). Igualmente, resaltó que el Decreto 663 de 1993, *«Estatuto Orgánico del Sistema Financiero»*, aplicable a las AFP desde su creación,

prescribió en el numeral 1.º del artículo 97, la obligación de las mismas de «*suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado*», haciendo alusión a la Ley 795 de 2003, «*Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones*», en la cual se recalca en su artículo 21, ese deber **preexistente** de información a cargo de las AFP, en el sentido que la información suministrada tenía como propósito no solo evaluar las mejores opciones del mercado sino también la de «*poder tomar decisiones informadas*».

Concluyó la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral que, desde su fundación, las AFP tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses.

Sobre el particular, cabe traer a colación, lo dicho en la sentencia CSJ SL4025-2021, en la que se expuso:

Esta Corte desde hace varios años, ha puntualizado, que la información que se ha de proporcionar al afiliado (a), debe efectuarse bajo la óptica de que quien la brinda sabe de su importancia y valor, a fin de orientar a este en aquellos aspectos que pueden acarrear consecuencias mayúsculas, como es el caso del cambio de régimen, evento en el que la administradora tiene el deber del buen consejo, de ilustración suficiente, dándole a conocer las diferentes alternativas, lo que en todo caso, va más allá de una simple información o diligenciamiento de un formulario de vinculación o traslado, aspectos que precisamente son de los que se duele el demandante, no acontecieron en su caso.

Así las cosas, en cuanto al deber de información exigible a las AFP, se ha considerado que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de las AFP, se estableció en cabeza de estas el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, acerca de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas (CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019, CSJ SL4360-2019, CSJ 2611-2020, CSJ SL4806-2020, entre otras).

Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria (1993-2009), al de asesoría y buen consejo (2009-2014), y finalmente al de doble asesoría (2014- en adelante). Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido (sentencia CSJ SL4062-2021).

Así, para la fecha en la que la actora se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad –**17 de marzo de 1999**-, la obligación de la AFP se enmarcaba en el primer periodo, según el cual debía entregar información suficiente y transparente que le permitiera elegir «*libre y voluntariamente*» la opción que mejor se ajustara a sus intereses (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019), conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 -posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003-, lo cual implicaba la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

Conforme lo anterior, la AFP Colpatria hoy Porvenir que fue la que propició el acto del traslado de régimen pensional tenía el deber de asesoría e información suficiente y transparente, pues desde la creación del sistema el legislador previó el derecho de toda persona a elegir libre y voluntariamente el régimen pensional, lo cual no puede desconocerse, atentarse o impedirse en cualquier forma, so pena de las sanciones de que trata el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 y que la afiliación quede sin efecto, esto es, que se produzca su ineficacia, lo que ocurre justamente cuando la AFP omite su deber de información, tal y como lo ha señalado la Corte (CSJ SL4360-2019).

Ahora bien, aun cuando en el expediente obra el formulario de solicitud de afiliación de la AFP Colpatria hoy Porvenir suscrito el **17 de marzo de 1999**, de él solo se advierte la fecha de su diligenciamiento, los datos personales y laborales de la actora, de modo que únicamente da cuenta de una exigencia requerida para el ingreso de un afiliado con la fórmula pre-impresa en la casilla destinada a la firma, sin que del mismo pueda concluirse que dicha AFP cumplió con el deber de suministrar al afiliado una ilustración suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna sobre las implicaciones de abandonar el esquema de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras.

Y es que en este punto debe advertirse que no basta con la suscripción del formulario de afiliación, para darle plena validez al traslado, porque la «*[...] firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado*» (CSJ SL1688-2019, reiterada en la CSJ SL1741-2021, donde se rememoran las sentencias CSJ SL1452-2019, CSJ SL1421-2019, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL19447-2017).

Bajo el anterior contexto, resulta claro que la administradora de pensiones, no cumplió con el deber de información suficiente, clara, comprensible y oportuna sobre las características de los dos regímenes pensionales y las consecuencias que implicaba el retirarse del RPM al que se encontraba afiliado, carga probatoria que a ellas les correspondía como se tiene adoctrinado por nuestro máximo órgano de cierre (CSJ SL1565-2022, CSJ SL1055-2022, CSJ, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4426-2019, CSJ SL4806-2020 y CSJ SL4062-2021); en consecuencia, como ello no se acreditó, conduce a que **el traslado se torne ineficaz**, como acertadamente lo concluyó el juez de primer grado, por lo que habrá de confirmarse su decisión en lo relativo a este punto.

En lo que respecta a los **gastos de administración, las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia** y demás emolumentos ordenados devolver por parte de los fondos de pensiones privados, cabe reseñar que la figura jurídica de la ineficacia del traslado, supone que el mismo nunca ocurrió; es decir, debe entenderse que no existió el cambio al sistema privado de pensiones, lo que conduce a retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, como si el acto jurídico no hubiese existido, como efectos *ex tunc* (desde siempre). Bajo ese horizonte, resulta totalmente válido, que se disponga que las AFP privadas, trasladen a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, gastos de administración, primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, entre otros, con cargo a sus propias utilidades, tal y como lo ha admitido la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, pudiéndose traer a colación la sentencia CSJ SL1467-2021, en la que adoctrinó:

[...] en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al RAIS, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.

Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado 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 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 SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJ SL2877-2020 y CSJ SL4811-2020). (Subrayadas fuera del texto original).

En similar sentido, en providencia CSJ SL1795-2017, reiterada en la CSJ SL4025-2021, entre muchas otras, se asentó:

“La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales,

sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.

Cabe agregar, que por vía jurisprudencial se ha aceptado que los fondos de pensiones también deben devolver a Colpensiones las «*primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos*» (CSJ SL1055-2022, entre muchas otras); tal y como lo dispuso el juez de instancia, en la sentencia objeto de censura.

Se precisa además que, conforme lo consideró el *a quo*, dichos valores deben ser indexados, pues por el transcurso del tiempo han sufrido pérdida del valor adquisitivo, no siendo viable que Colpensiones deba asumirla. Igualmente es de resaltar que, conforme a las sentencias precitadas, resulta acertada la orden de restitución de intereses y frutos en los términos del artículo 1746 del Código Civil, como quiera que, como se indicó ello es una consecuencia jurídica de la ineficacia del traslado que no es otra que las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de traslado jamás hubiera existido.

Lo anterior, no genera ningún detrimento ni un desequilibrio para Colpensiones, ni afecta su sostenibilidad financiera, dado que, la ineficacia del traslado de régimen de la demandante implica, como ya se dijo, la devolución de todos los dineros por él aportados al RAIS más sus rendimientos, frutos e intereses que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de esta 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 (CSJ SL 4911-2019).

PRESCRIPCIÓN

En cuanto a la excepción de prescripción que propusieron las demandadas, esta Sala ha manifestado reiteradamente que la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible porque se trata de un estado jurídico que no está sujeto a aquel fenómeno extintivo, a diferencia de lo que sucede con los derechos de crédito (CSJ SL1688-2019, reiterada en CSJ SL4360-2019).

PENSIÓN DE VEJEZ

De otra parte, se advierte que el juez de primer grado dispuso el reconocimiento de la pensión de vejez a favor de la demandante y a cargo de Colpensiones, por lo que en virtud del grado jurisdiccional de consulta, resulta pertinente analizar si la actora reúne los requisitos para acceder a dicha prestación, bajo los postulados normativos señalados en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el 9º de la Ley 797 de 2003, el cual dispone:

ARTÍCULO 33. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN DE VEJEZ. <Artículo modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003. Para tener el derecho a la Pensión de Vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones:

1. Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer o sesenta (60) años si es hombre.

A partir del 1o. de enero del año 2014 la edad se incrementará a cincuenta y siete (57) años de edad para la mujer, y sesenta y dos (62) años para el hombre.

2. Haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo.

A partir del 1o. de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1o. de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015.

(...)

Al entrar a estudiar los requisitos establecidos en dicha disposición, se tiene que, la señora Nury Francelina Cotrino García nació el 24 de junio de 1961 (f.º 41, archivo 1, carpeta 1, exp. Digital), de donde se colige que llegó a los 57 años de edad del mismo día y mes del año 2018, data última para la cual debía acreditar 1.300 semanas para acceder a su derecho pensional, encontrando la Sala que conforme la historia laboral consolidada expedida por la AFP Porvenir, para dicha calenda contaba con 1.597,52 semanas cotizadas; por lo tanto, válidamente se puede afirmar que para esa fecha se causó el derecho pensional objeto de estudio. Así las cosas, es claro que la promotora del litigio tiene derecho a que se le reconozca y pague la pensión de vejez conforme a lo establecido en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 del 2003.

No obstante, es pertinente señalar que para entrar a disfrutar de la pensión aquí reconocida es necesario la desafiliación del sistema, conforme lo exige el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990. Al respecto, se advierte que si bien de la historia laboral consolidada se advierte que la última cotización de la señora Cotrino García fue en el mes de julio de 2021 (f.º 42 a 48 archivo 18, carpeta 1 exp. Digital), lo cierto es que esta documental refleja lo cotizado hasta el 9 de agosto de 2021, fecha de expedición de la historia laboral, sin que de allí se pueda inferir que esa data sea la de desafiliación de la actora del sistema, en vista que desde esa calenda ha transcurrido más de 2 años, desconociéndose si con posterioridad se han realizado más cotizaciones y, por ende, el

disfrute efectivo de la pensión estará supeditado a que ese requisito, el de la desafiliación, tal y como lo ordenó el sentenciador de primer grado.

Debe aclararse que, para su liquidación se deberá tener en cuenta hasta la última semana efectivamente cotizada para el riesgo de vejez, en el porcentaje que le corresponda conforme al artículo 34 de la Ley 100 de 1993, teniendo un salario base de liquidación de toda la vida laboral o de 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, y 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.

COSTAS EN PRIMERA INSTANCIA

En cuanto a la condena en costas a Colpensiones y Porvenir S.A. en primera instancia, cabe mencionar que la misma es procedente, toda vez que el numeral 1° del artículo 365 del CGP establece de manera clara que debe ser condenado en costas a la parte vencida en el proceso, luego al resultar dichas entidades vencidas en juicio en tanto una tiene el deber de trasladar los aportes pensiones y la otra de recibir los mismo, así como los demás emolumentos aquí ordenados, aunado a que ambas presentaron oposición a las pretensiones de la demanda, de manera que deben ser condenadas al pago de costas procesales.

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de Colpensiones y Porvenir S.A. como quiera que sus recursos de alzada no prosperaron de conformidad con lo establecido en el artículo 365 del CGP.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

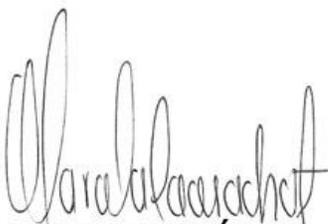
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada y consultada, proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones anteriormente expuestas.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de Colpensiones y Porvenir S.A.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

AUTO PONENTE:

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de Colpensiones y Porvenir S.A., en la suma de \$1.160.000, a cargo de cada una.



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

República de Colombia



Libertad y Orden

Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL

5MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	11001310500720210028901
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	MAGNOLIA GÓMEZ BILBAO
DEMANDADO	- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES - AFP COLFONDOS S.A.

En Bogotá D. C. a los treinta y un (31) días del mes de octubre de dos mil veintitrés (2023), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA:

ANTECEDENTES

Pretende la señora **Magnolia Gómez Bilbao** se **declare** la ineficacia del traslado efectuado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual en el mes de agosto de 1995, ante la AFP Colfondos S.A., por existir falta de información y buen consejo. En consecuencia, se ordene a la AFP Colfondos S.A. a retornarla junto con todos los valores a que hubiere lugar como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos los frutos e intereses con los rendimientos que se hubieren causado y los gastos de administración al RPM; que se ordene a Colpensiones a recibirla y mantenerla como afiliada sin solución de continuidad, al pago de costas y agencias de derecho y a lo que resulte probado ultra y extra petita (f°3 a 4, archivo 01, carpeta 1 instancia, exp. Digital).

Como hechos fundamento de las pretensiones (f° 3 a , archivo 1, carpeta 1ª inst. exp. digital), señaló en síntesis, que nació el 9 de febrero de 1966; que desde octubre de 1987, hasta septiembre de 1995, estuvo afiliada al RPM con el ISS; que para septiembre de 1995, había acumulado un total de 412,29 semanas de cotización; que en

el mes de agosto de 1995, los asesores de Colfondos le presentaron el nuevo régimen pensional.

Narró que, los representantes de la AFP Colfondos le ofrecieron beneficios superiores a los que podría tener en el RPM, no le manifestaron qué capital debía acumular, ni los requisitos necesarios para poderse pensionar, tampoco le informaron que realizarían inversiones con su capital y los riesgos que le podía acarrear, no le efectuaron una proyección de su mesada pensional, no le hicieron una comparación de los dos regímenes pensionales.

Acotó que, el 26 de marzo de 2021, radicó derecho de petición ante Colfondos solicitando se declarará la ineficacia y retornar de régimen; que ese mismo día radicó la misma solicitud ante Colpensiones; que mediante oficio del 14 de abril de 2021, Colfondos dio respuesta señalando que no era posible la solicitud y Colpensiones contestó el 16 de abril de 2021, negando igualmente la solicitud; que Colfondos realizó una simulación de pensional para cuando cumpliera 57 años de edad en cuantía de \$908.526 y en Colpensiones sería de \$1.185.160.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** contestó (archivo 17, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento del actor, afiliación al RPM y semanas acumuladas en dicho régimen, petición presentada y respuesta; en relación a de los demás hechos, dijo no constarle.

Como excepciones de mérito, propuso las de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de 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.

COLFONDOS contestó (archivo 20, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose también a las pretensiones de la demanda; en cuanto a los hechos, aceptó el traslado al RAIS, petición y respuesta otorgada por la entidad y proyección de la mesada pensional efectuada por la AFP; respecto de los demás hechos, señaló no ser ciertos algunos de ellos y no contarse los demás.

Mediante correo electrónico de fecha 2 de noviembre de 2021, el Juez notificó de la presente demanda a la Procuraduría General de la Nación y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 612 del CGP (archivo 13, carpeta 1ª inst. exp. digital).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 4 de mayo de 2023 (archivo 39 y 40, carpeta 1ª inst. exp. digital), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación y traslado realizado por La señora MAGNOLIA GÓMEZ BILBAO con la AFP COLFONDOS el 22 de agosto de 1995, contenida en el formulario No. 650354.

SEGUNDO: ORDENAR a COLFONDOS S.A., a trasladar la totalidad de los valores depositados en la cuenta de ahorro individual de la que es titular la señora MAGNOLIA GÓMEZ BILBAO dineros que deben incluir los rendimientos que se hubieren generado hasta que se haga efectivo dicho traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES.

TERCERO: ORDENAR a COLFONDOS S.A., a devolver a Colpensiones, todos los descuentos realizados a los aportes pensionales de la demandante desde agosto de 1995, cuando ocurrió el traslado del régimen pensional, tales como el 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. Al momento de cumplirse esta orden, para lo cual se le concede al fondo demandado el término de treinta (30) días, contados a partir del auto de obediencia al Superior, deberán presentar un informe debidamente discriminadamente con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes, descuentos objeto de devolución, su indexación y demás información relevante que los justifiquen y que prevengan controversias posteriores a la ejecutoria de esta sentencia.

CUARTO: ORDENAR a COLPENSIONES a recibir sin solución de continuidad como afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida al demandante desde su afiliación inicial al ISS.

QUINTO: SE DECLARAN NO PROBADAS las excepciones presentadas por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., - COLFONDOS S.A.

SEXTO: SE CONDENA en costas a los fondos demandados y a favor del demandante. Las agencias en derecho se tasan en la suma de 2 SMMLV, al momento del pago, a cargo de cada uno de los fondos.

Para Fundamentar su decisión, sostuvo que los Fondos Privados de Pensiones, desde su creación, tenían la obligación de suministrar a los usuarios de los servicios la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita a través de elementos de juicio claros y objetivos escoger la mejor opción en el mercado, conforme lo estableció la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral, en consonancia con lo previsto en el numeral 1, artículo 33 del Decreto 663 de 1993. Resaltó que, el artículo 1603 del Código Civil, consagra el principio de buena fe en la celebración de contratos, el cual implica que las partes deben contar con la información suficiente sobre los actos que celebran, máxime tratándose de

relaciones contractuales derivadas del Sistema de Seguridad Social en favor de trabajadores.

Arguyó que, ese deber de informar no nació a partir de la norma que reformó la Ley 100 de 1993; que respecto a esa evolución normativa del deber de información en cabeza de la AFP, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en sentencia SL1452 de 2019, aclaró y sintetizó el tema, en tres etapas: *i)* deber de información, artículo 13, literal b), artículos 271 y 272 de la Ley 100 de 1993; encontrándose la AFP en esta etapa la momento en que se efecto el traslado de la demandante al RAIS, esto es, en el año 1999, por lo que tenía como mínimo el fondo de ilustrar las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales vigentes; *ii)* en esta etapa, con le Ley 1328 de 2009 y Decreto 2241 de 2010, el legislador introdujo el deber de asesoría y buen consejo; y *iii)* con la ley 1748 de 2014 y Decreto 2061 de 2015, se introdujo la doble asesoría.

Refirió que, no podía olvidarse que de acuerdo con lo enseñado por la Corte el deber de información debió cumplirse desde la pre afiliación al sistema y durante su permanencia al fondo privado. Enfatizó que, la demandante para la entrada en vigencia la ley 100 de 1993, contaba con 28 años de edad y 412,29 semanas cotizadas; por lo tanto, no era beneficiaria del régimen de transición. De otro lado, señaló que al afirmar la actora que no recibió asesoría al momento del traslado pensional, se estaba frente a un supuesto negativo que debía valorarse frente a lo dispuesto en el artículo 167 del CGP, en cuanto a que las negaciones indefinidas no requerían de prueba, por lo que era obligación de la AFP probar que sí había suministrado la información suficiente, lo cual también tenía asidero con lo señalado en el artículo 1604 del Código Civil.

Indicó que, a fin de establecer si la AFP cumplió con la carga de la prueba obraba formulario de afiliación a la AFP Colfondos de fecha 22 de agosto de 1995, en la cual se relacionaba una información básica, personal y familiar, posteriormente, hizo referencia al interrogatorio de parte rendido por la actora; concluyendo que no obraba ningún medio probatorio que diera certeza y veracidad suficiente de que Colfondos al momento de vincularla al RAIS le hubiera suministrado una información veraz, clara, comprensible y detallada respecto de las consecuencias que tenía su futuro pensional situación que constituía una omisión en su deber de información en los términos legales y jurisprudencialmente relacionados; que en cuanto al interrogatorio de parte no se había observado ningún tipo de confesión, por lo cual debía declararse la ineficacia del traslado de régimen pensional.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES argumentó su recurso señalando que no existía prueba que permitiera acreditar que existió o no algún vicio del consentimiento, ello teniendo en cuenta que la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral en estos asuntos daba aplicación a lo dispuesto en el artículo 1604 del Código Civil, el cual trata de la responsabilidad del deudor; sin embargo, dicha Corporación no aplicaba las demás normas del Código Civil, no analizaba frente a quién era el deudor y quién era él acreedor en un contrato de afiliación, debiéndose tener en cuenta que era el afiliado quien tenía la obligación de realizar los aportes al fondo y solo hasta cuando que se pensionaba era que se invertían las partes; por lo tanto, existía una indebida interpretación del artículo 1604 del Código Civil.

Arguyó que, debía darse aplicación a lo consagrado en el artículo 167 del CGP, en consecuencia, ser la actora quien debiera probar la existencia de un vicio del consentimiento, para lo cual podía observarse que no existía vicio alguno, máxime cuando en el interrogatorio de parte se había logrado evidenciar que no había prestado interés alguno de informarse sobre el régimen al cual se vincularía, no realizó preguntas o se acercó con posterioridad a su traslado a las oficinas del fondo privado para conocer por lo menos los requisitos para pensionarse, además de que el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, establece la libre escogencia entre regímenes pensionales y también la posibilidad de trasladarse una vez cada 5 años contados a partir de la selección inicial; no obstante, por razones financieras y de estabilidad en el sistema pensional el artículo 1° del Decreto 3800 del 2003, limitó este derecho cuando el afiliado le faltare 10 años o menos para alcanzar la edad para pensionarse, salvo los afiliados que tuvieran 15 años cotizados en la entrada en vigencia el sistema general de pensiones para quienes se les conservó el derecho de regresar al régimen de prima media en cualquier momento, situación que no se lograba validar en la historia laboral de la señora Magnolia Gómez.

Acotó que, debía tenerse en cuenta lo dispuesto en las sentencias C 1024/2004 y SU 130/2013, en donde la Corte Constitucional en materia de traslado manifestaba que nadie podía resultar subsidiado a costa de los recursos ahorrados de manera obligatoria por los otros afiliados, dado que el régimen solidario de prima media con prestación definida se descapitalizaría, de manera que la declaración injustificada de ineficacia del traslado de un afiliado del régimen de prima media al RAIS afectaría la sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones y pondría en peligro el derecho fundamental a la seguridad social de los demás afiliados.

Por último, solicitó ser absuelto a la imposición de costas, teniendo en cuenta que Colpensiones era un tercero de la controversia, toda vez que la relación surgida fue por

parte de la AFP y la parte demandante, más no de las actividades propias del ISS, quien no tuvo injerencia en el asunto del traslado.

MINISTERIO PÚBLICO interpuso recurso de apelación en cuanto a la condena en costas procesales, para lo cual sustentó que Colpensiones no era la entidad principal en el proceso, siendo convocada como litisconsorcio necesario en virtud de lo dispuesto en el artículo 61 del CGP, por ser la entidad receptora de la afiliación de la demandante; que la omisión que se imputaba en el presente asunto era el deber de información parte de los fondos privados, más no por parte de Colpensiones, en ese sentido se trataba de un tercero ajeno a la controversia jurídica.

Añadió que, el numeral 1 del artículo 365 del CGP, dispone la condena en costas a la parte vencida en el proceso; que en el caso de Colpensiones no se hacía una pretensión concreta, ya que la ineficacia se predicaba era de la afiliación al RAIS; por lo tanto, Colpensiones no era una parte vencida en el proceso.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Público y Colpensiones, así como en el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última en lo no apelado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del CPTSS.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual que hizo la demandante a través de la AFP Colfondos., es ineficaz por falta de información, y si como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a COLPENSIONES todos aportes realizados por la actora en el RAIS.

En el presente asunto no es materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: *i)* que la señora Magnolia Gómez Bilbao nació el 9 de febrero de 1966 (f° 1, archivo 02, carpeta 1ª inst. exp. Digital); *ii)* que estuvo vinculada al ISS realizando aportes pensionales desde el 7 de octubre de 1987, hasta el 31 de agosto de 1995 (archivo 18, de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); y *iii)* que el **22 de agosto de 1995**, se trasladó al RAIS mediante la suscripción de un formulario de vinculación con Colfondos S.A., el cual se hizo efectivo a partir del 1 de septiembre de la misma anualidad, entidad en la cual se encuentra afiliada actualmente (f° 105 y 116, archivo 20, de la carpeta 1ª inst. exp. Digital).

INEFICACIA DEL TRASLADO

Ha sostenido la alta Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral que, cuando el conflicto suscitado tiene como origen la omisión de información al afiliado por parte de la AFP en el momento de traslado de régimen pensional debe analizarse desde la figura jurídica de la ineficacia, puesto que al transgredirse el derecho a que el cambio de régimen pensional sea libre y voluntario, el efecto jurídico previsto por el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, no es otro que el de la ineficacia de la afiliación sin perjuicio de que adicionalmente solicite el resarcimiento de perjuicios que considera se le causaron (CSJ SL3871-2021, CSJ SL 3611-2021, CSJ SL3537-2021 y CSJ SL 1565 -2022). Por consiguiente, no es necesario que se configure un vicio en su consentimiento por error de hecho, fuerza o dolo, puesto que al tratarse de ineficacia del traslado debe centrarse en establecer si la administradora de pensiones cumplió con su deber de información en el momento que el afiliado tomó la decisión de cambiarse de sistema pensional.

Igualmente se fijó por esa Corporación que es a las administradoras de pensiones a quienes les corresponde acreditar el cumplimiento del deber de información, pues exigir al afiliado una prueba del incumplimiento por parte de la AFP al deber de información es un despropósito, en la medida que la alegación de no recibir información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuar el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; además, estableció que la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento, y finalmente explicó que no era razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación tienen una clara preeminencia respecto al afiliado lego, a tal punto que la legislación considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en desfavor de los consumidores financieros (artículo 11, literal b), Ley 1328 de 2009) (CSJ SL1452-2019).

Asimismo, ha indicado la Sala de Casación Laboral de la CSJ que el fondo privado cumple con su deber de información cuando la asesoría brindada para el momento en que el afiliado decide trasladarse contiene una información suficiente, transparente, cierta y oportuna, es decir, cuando se hace una adecuada ilustración sobre las características, condiciones, consecuencias, riesgos, ventajas y desventajas de la determinación de cambio de régimen pensional, deber que ha existido desde la creación de las sociedades administradoras de fondos de pensiones y cuyo cumplimiento permite que la elección de cualquiera de los regímenes pensionales sea libre y voluntaria conforme lo ordena el

literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 (CSJ SL755-2022, CSJ SL3349-2021 y CSJ SL1565 - 2022).

En ese sentido, precisó dicha Corporación que no puede argüirse que *«existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito»* (CSJ SL12136-2014, CSJ SL1467-2021). Igualmente, resaltó que el Decreto 663 de 1993, *«Estatuto Orgánico del Sistema Financiero»*, aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.º del artículo 97, la obligación de las mismas de *«suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado»*, haciendo alusión a la Ley 795 de 2003, *«Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones»*, en la cual se recalca en su artículo 21, ese deber **preexistente** de información a cargo de las AFP, en el sentido que la información suministrada tenía como propósito no solo evaluar las mejores opciones del mercado sino también la de *«poder tomar decisiones informadas»*.

Concluyó la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral que, desde su fundación, las AFP tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses.

Sobre el particular, cabe traer a colación, lo dicho en la sentencia CSJ SL4025-2021, en la que se expuso:

Esta Corte desde hace varios años, ha puntualizado, que la información que se ha de proporcionar al afiliado (a), debe efectuarse bajo la óptica de que quien la brinda sabe de su importancia y valor, a fin de orientar a este en aquellos aspectos que pueden acarrear consecuencias mayúsculas, como es el caso del cambio de régimen, evento en el que la administradora tiene el deber del buen consejo, de ilustración suficiente, dándole a conocer las diferentes alternativas, lo que en todo caso, va más allá de una simple información o diligenciamiento de un formulario de vinculación o traslado, aspectos que precisamente son de los que se duele el demandante, no acontecieron en su caso.

Así las cosas, en cuanto al deber de información exigible a las AFP, se ha considerado que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de las AFP, se estableció en cabeza de estas el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, acerca de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas (CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ

SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019, CSJ SL4360-2019, CSJ 2611-2020, CSJ SL4806-2020, entre otras).

Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria (1993-2009), al de asesoría y buen consejo (2009-2014), y finalmente al de doble asesoría (2014- en adelante). Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido (sentencia CSJ SL4062-2021).

Así, para la fecha en la que la accionante se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad –**22 de agosto de 1995**-, la obligación de la AFP se enmarcaba en el primer periodo, según el cual debía entregar información suficiente y transparente que le permitiera elegir «*libre y voluntariamente*» la opción que mejor se ajustara a sus intereses (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019), conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 -posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003-, lo cual implicaba la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

Conforme lo anterior, la AFP Colfondos que fue la que propició el acto del traslado de régimen pensional tenía el deber de asesoría e información suficiente y transparente, pues desde la creación del sistema el legislador previó el derecho de toda persona a elegir libre y voluntariamente el régimen pensional, lo cual no puede desconocerse, atentarse o impedirse en cualquier forma, so pena de las sanciones de que trata el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 y que la afiliación quede sin efecto, esto es, que se produzca su ineficacia, lo que ocurre justamente cuando la AFP omite su deber de información, tal y como lo ha señalado la Corte (CSJ SL4360-2019).

Ahora bien, aun cuando en el expediente obra el formulario de solicitud de afiliación de la AFP Colfondos suscrito el **22 de agosto de 1995**, de él solo se advierte la fecha de su diligenciamiento, los datos personales y laborales de la accionante, de modo que únicamente da cuenta de una exigencia requerida para el ingreso de un afiliado con la fórmula pre-impresa en la casilla destinada a la firma, sin que del mismo pueda concluirse que dicha AFP cumplió con el deber de suministrar al afiliado una ilustración suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna sobre las implicaciones de abandonar el esquema de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras.

Y es que en este punto debe advertirse que no basta con la suscripción del formulario de afiliación, para darle plena validez al traslado, porque la «[...] firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado» (CSJ SL1688-2019, reiterada en la CSJ SL1741-2021, donde se rememoran las sentencias CSJ SL1452-2019, CSJ SL1421-2019, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL19447-2017).

Bajo el anterior contexto, resulta claro que la administradora de pensiones, no cumplió con el deber de información suficiente, clara, comprensible y oportuna sobre las características de los dos regímenes pensionales y las consecuencias que implicaba el retirarse del RPM al que se encontraba afiliado, carga probatoria que a ella le correspondía como se tiene adoctrinado por nuestro máximo órgano de cierre (CSJ SL1565-2022, CSJ SL1055-2022, CSJ, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4426-2019, CSJ SL4806-2020 y CSJ SL4062-2021); en consecuencia, como ello no se acreditó, conduce a que el traslado se torne ineficaz, como acertadamente lo concluyó el juez de primer grado, por lo que habrá de confirmarse su decisión en lo relativo a este punto.

En lo que respecta a los **gastos de administración, las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia** y demás emolumentos ordenados devolver por parte de los fondos de pensiones privados, cabe reseñar que la figura jurídica de la ineficacia del traslado, supone que el mismo nunca ocurrió; es decir, debe entenderse que no existió el cambio al sistema privado de pensiones, lo que conduce a retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, como si el acto jurídico no hubiese existido, como efectos *ex tunc* (desde siempre). Bajo ese horizonte, resulta totalmente válido, que se disponga que la AFP privadas, traslade a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, gastos de administración, primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, entre otros, con cargo a sus propias utilidades, tal y como lo ha admitido la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, pudiéndose traer a colación la sentencia CSJ SL1467-2021, en la que adoctrinó:

[...] en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al RAIS, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.

Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado 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 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 SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJ SL2877-2020 y CSJ SL4811-2020). (Subrayadas fuera del texto original).

En similar sentido, en providencia CSJ SL1795-2017, reiterada en la CSJ SL4025-2021, entre muchas otras, se asentó:

*“La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, **sumas adicionales de la aseguradora**, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.*

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.

Cabe agregar, que por vía jurisprudencial se ha aceptado que los fondos de pensiones también deben devolver a Colpensiones las «*primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, **debidamente indexados** y con cargo a sus propios recursos*» (CSJ SL1055-2022, entre muchas otras); tal y como lo dispuso el juez de instancia, en la sentencia objeto de censura.

Se precisa además que, conforme lo consideró el *a quo*, dichos valores deben ser indexados, pues por el transcurso del tiempo han sufrido pérdida del valor adquisitivo, no siendo viable que Colpensiones deba asumirla. Igualmente es de resaltar que, conforme a las sentencias precitadas, resulta acertada la orden de restitución de intereses y frutos en los términos del artículo 1746 del Código Civil, como quiera que, como se indicó ello es una consecuencia jurídica de la ineficacia del traslado que no es otra que las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de traslado jamás hubiera existido.

Lo anterior, no genera ningún detrimento ni un desequilibrio para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, dado que, la ineficacia del traslado de régimen del demandante implica, como ya se dijo, la devolución de todos los dineros por ella aportados al RAIS más sus rendimientos, frutos e intereses que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de esta 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 (CSJ SL 4911-2019).

PRESCRIPCIÓN

En cuanto a la excepción de prescripción que propusieron las demandadas, esta Sala ha manifestado reiteradamente que la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible porque se trata de un estado jurídico que no está sujeto a aquel fenómeno extintivo, a diferencia de lo que sucede con los derechos de crédito (CSJ SL1688-2019, reiterada en CSJ SL4360-2019).

COSTAS EN PRIMERA INSTANCIA

En cuanto a la condena en costas a Colpensiones en primera instancia, cabe mencionar que la misma es procedente, toda vez que el numeral 1° del artículo 365 del CGP establece de manera clara que debe ser condenado en costas a la parte vencida en el proceso, luego al resultar dicha entidad vencida en juicio en tanto una tiene el deber de recibir los aportes de la demandante provenientes del RAIS, así como los demás emolumentos aquí ordenados, aunado a que presentó oposición a las pretensiones de la demanda, de manera que debe ser condenada al pago de costas procesales.

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de Colpensiones, como quiera que su recurso de alzada no prosperó, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del CGP.

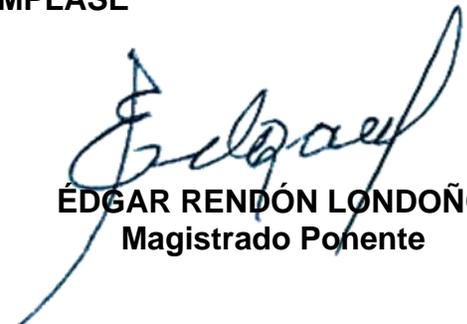
En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia emitida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo Colpensiones.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

AUTO DEL PONENTE:

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de Colpensiones, la suma de \$1.160.000.



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

República de Colombia



Libertad y Orden

**Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL**

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	11001310501020200039601
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	HELMAN SUÁREZ VILLALBA
DEMANDADO	- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES - SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

En Bogotá D. C. a los treinta y un días (31) días del mes de octubre de dos mil veintitrés (2023), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

**SENTENCIA:
ANTECEDENTES**

Pretende el señor **Helman Suárez Villalba** se **declare** la nulidad de la afiliación efectuada del RPM al RAIS en abril de 1999, a través de la AFP ING hoy Protección S.A., por existir engaño y asalto en su buena fe, induciéndolo a error y viciando su consentimiento. En consecuencia, se ordene a la AFP Protección S.A. a retornarlo junto con todos los valores que hubiere recibido como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e

intereses, con los rendimientos que se hubieren causado al RAIS administrado por Colpensiones, se ordene a Colpensiones a recibirlo y mantenerlo como afiliado sin solución de continuidad; que se condene al pago de costas y agencias en derecho, y a lo que resulte probado ultra y extra petita (f° 3 a 4, archivo 01, carpeta 1ª inst. exp. digital).

Como hechos fundamento de las pretensiones (f° 1 a 2, archivo 01, carpeta 1ª inst. exp. digital), señaló, en síntesis, que desde el 1 de mayo de 1983, hasta el 31 de diciembre de 1997, estuvo afiliado al ISS con la convicción de que era la entidad más estable para manejar su pensión; que para el 31 de diciembre de 1997, había acumulado 756,29 semanas cotizadas; que para octubre de 1997, laboraba para la empresa de Energía de Bogotá ESP; que en dicha oportunidad los asesores de ING le presentaron el nuevo régimen pensional, asegurándole que el ISS se iba acabar perdiendo lo cotizado hasta el momento.

Relató que, la AFP ING le manifestó que en dicho fondo tendría mayores rendimientos, que podía pensionarse cuando quisiera, no le informó del derecho de retracto que le asistía; que su afiliación al RAIS aparece efectiva hasta abril de 1999; que tiene un total de 1.225,28 semanas de cotización a septiembre de 2019; que el 17 de abril de 2020, radicó derecho de petición ante Protección S.A. solicitando se declarara la nulidad y retorno al RPM; que mediante oficio del 24 de abril de 2020, bajo radicado BZ2020_4273777-0928139, Colpensiones respondió derecho de petición presentado por él, manifestando que no era posible realizar nulidad de traslado; que mediante oficio de fecha 15 de julio de 2020, Protección contestó su solicitud indicando que no tenía competencia para anular la vinculación del actor a dicho régimen.

Agregó que, Protección realizó simulación pensional informándole que cuando cumpliera 62 años de edad su mesada sería de \$3.293.653, mientras que en Colpensiones sería de \$5.918.266.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (archivo 10, carpeta 1ª inst, exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó vinculación de actor a dicha entidad y semanas cotizadas, traslado al RAIS, petición solicitada por el demandante y respuesta brindada por la entidad; frente a los demás hechos, manifestó no constarle.

Como excepciones de mérito, propuso las de prescripción, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual, inexistencia del derecho y de la obligación, falta de causa para pedir, buena fe y la innominada o genérica.

La **AFP PROTECCIÓN S.A.** contestó (archivo 12, carpeta 1ª inst, exp. digital), oponiéndose igualmente a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó traslado realizado por el demandante al RAIS y fecha de efectividad, petición y respuesta otorgada por la entidad; respecto de los demás, dijo no ser ciertos y no constarle.

Como medio de defensa, propuso las excepciones de fondo de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, innominada o genérica, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa e 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.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 30 de marzo de 2023 (archivos 18, 19 y 20, carpeta 1ª inst. exp. digital), resolvió:

PRIMERO: Declarar la ineficacia de la afiliación del demandante señor HELMAN SUAREZ VILLALBA al FONDO DAVIVIR hoy AFP PROTECCIÓN S.A, mediante la suscripción de afiliación realizada el 10/03/1999, en consecuencia, se declara ineficaz el traslado del RPM al RAIS, por no suministrar la información clara, completa y oportuna de características, ventajas y desventajas de los regímenes de pensión, y de las ventajas y desventajas que le acarreaba el traslado de régimen, y se ordena el regreso automático sin solución de continuidad al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES como si nunca se hubiera trasladado, conforme a lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: CONDENAR a COLPENSIONES recibir y restablecer afiliación del demandante señor HELMAN SUAREZ VILLALBA al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, sin solución de continuidad conforme a lo expuesto en la parte considerativa.

TERCERO: CONDENAR a ADMINISTRADORA DE FONDOS Y PENSIONES PROTECCION S.A. hacer la devolución al régimen de prima media administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, de todos las sumas y valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del señor HELMAN SUAREZ VILLALBA, como cotizaciones, frutos e intereses y bonos pensionales si los hubiere como lo dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causados y así mismo a realizar la devolución los gastos de administración y primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los porcentajes destinados a la garantía de pensión mínima, con cargo a sus propias utilidades, y debidamente indexados que le hubiere descontado al demandante durante su vinculación, y deberá entregar a Colpensiones los documentos correspondientes que den cuenta de lo recibido por el AFP PROTECCIÓN S.A. por cotizaciones, IBC, semanas cotizadas, rendimientos, intereses, bonos si los hubiere, y de igual manera la información de las sumas descontadas por gastos de administración, primas de seguros previsionales y porcentajes para garantía de pensión mínima, para que se pueda establecer por esta entidad que la devolución se hace en los términos ordenados en esta sentencia y deberá realizarse la devolución a Colpensiones en el término de los 15 días hábiles siguientes a la ejecutoria de la presente providencia de conformidad a la parte motiva.

CUARTO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a que de manera inmediata a la ejecutoria de esta sentencia deberá registrar en la historia laboral del demandante señor HELMAN SUAREZ VILLALBA para efectos pensionales de Colpensiones las semanas cotizadas durante su vinculación al RAIS una vez ingresen estas sumas de dinero provenientes de las AFP PORVENIR S.A.; asimismo debe proceder a revisar que se haya hecho la devolución de conformidad a lo ordenado en esta sentencia, de conformidad a la parte motiva de esta providencia.

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

SEXTO: CONDENAR en costas de esta instancia a favor de la parte demandante a la AFP PROTECCION S.A., COLPENSIONES y a favor del demandante. Por secretaría practíquese la liquidación de costas e inclúyase como agencias en derecho a cargo de AFP PROTECCIÓN S.A. la suma de \$1.100.000 y como agencias enderecho a cargo de COLPENSIONES la suma de \$ 300.000 a cada una.

Para **fundamentar su decisión** sostuvo que de acuerdo con la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia la sanción que impone el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia del traslado y no la nulidad, por lo que el estudio lo haría bajo ese postulado; que para decidir se debía tener en cuenta lo estipulado en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, entre otras normas que regulaban la materia, así como a la línea jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Refirió que, la Corte ha establecido que el deber de información está en cabeza de los fondos de pensiones desde el mismo momento en que entró en vigencia la Ley 100 de 1993 y el Decreto 663 de 1994, teniendo el deber de ilustrar la características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales; que posteriormente, surgió la doble asesoría y de la no exigencia de ser beneficiario del régimen de transición para la declaratoria de ineficacia del traslado, entre otros aspectos. Precisó que, en sentencia SL1055-2022, la alta Corporación recogió los precedentes relacionados a los actos de relacionamiento.

Adujo que, en el presente caso se tenía como hechos probados por las demandadas que efectivamente el demandante venía vinculado desde el 1 de mayo de 1983, hasta el 31 de diciembre de 1997, con el ISS y que había cotizado un total de 756,29 semanas cotizadas; que tampoco existía discusión en cuanto a que el demandante firmó el formulario de vinculación de traslado. De otro lado, indicó que en la demanda se había señalado que el traslado se había realizado con la AFP ING; sin embargo, dentro del expediente digital se podía constatar que la vinculación

al RAIS se había hecho con DAVIVIR el 10 de marzo de 1999, y después, hubo una serie de cesiones y fusiones con otras AFP; se había también constatado del formulario del afiliación, la voluntad del actor en su suscripción, la información general del demandante, del empleador, los beneficiarios, establecía si se iba hacer aportes voluntarios, para lo cual se había señalado que no, sin que existiera otro tipo de información en dicho documento con el cual se pudiera establecer que se brindó toda la información necesaria.

Hizo un relato sobre lo declarado por el actor en el interrogatorio de parte, frente a lo cual señaló que se había podido extraer que había expresado más hechos de los plasmados en el demanda, asimismo se había dicho en la demanda que para el momento del traslado estaba laborando con la empresa de Energía de Bogotá, pero al revisarse los documentos allegados laboraba era para otra empresa; por lo tanto, se presentaba una serie de inconsistencia, empero no había surgido una confesión; sin que se hubiere podido determinar por parte de la llamada a juicio que realmente brindó un asesoramiento adecuado al actor al momento del traslado, motivo por el cual declaraba ineficaz el traslado de régimen pensional.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES interpuso recurso de apelación, argumentando que el traslado efectuado al RAIS tenía plena validez, toda vez que no se había evidenciado vicios del consentimiento, tal y como se había demostrado a lo largo de la audiencia y de lo declarado por el demandante en el interrogatorio de parte, por cuanto tuvo conocimiento del traslado, no siendo procedente declarar que el contrato de afiliación suscrito entre las partes es nulo, toda vez que obraba dentro del plenario medios de prueba documentales suficientes que conllevaban a determinar que el traslado efectuado se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, así como el respectivo asesor de la AFP suministró la totalidad de la información clara y precisa respecto de los efectos jurídicos que le conduciría de trasladarse del RPM al RAIS.

Acotó que, tratándose del régimen pensional los afiliados contaban con el derecho de escoger libremente a qué régimen se afiliaban, tal como lo indica el artículo 2 de la ley 797 de 2003. De igual manera, en el presente caso no se configuraban los presupuestos de hecho para que se declarará la nulidad o ineficacia del traslado, teniendo en cuenta que el demandante había sido informado por la AFP en la que se encontraba afiliado acerca de las ventajas y desventajas de los dos regímenes pensionales; por lo tanto, no se evidenció vicios del consentimiento como error, fuerza o dolo, como quiera que el promotor del proceso siempre estuvo consiente de la afiliación, no existiendo prueba que el asesor de manera dolosa lo hubiera inducido a realizar el traslado, además de que gozaba de toda la capacidad legal.

Añadió que, debía tenerse en cuenta que el artículo 83 de la Constitución Política establece que las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas debía ceñirse a los postulados de la buena fe, los cuales se presumen en todas las actuaciones que ellos adelantan, por lo que al alegarse por la parte del actor que la AFP Protección a través de sus asesores comerciales efectuó maniobras engañosas al momento del traslado de régimen, le correspondía desvirtuar la buena fe del fondo, teniendo en cuenta que al momento de presentarse la demanda el señor Helman contaba con 63 años de edad, por lo que se encontraba inmerso en la imposibilidad de trasladarse.

Por último, señaló que en cuanto a la condena en costas se debía presumirse la buena fe a menos de que se demostrará lo contrario, situación que conllevaba a la imposibilidad de condenar en costas, teniendo en cuenta que el artículo 365 del CGP, faculta al juez para condenar en costas a la parte vencida, teniendo en cuenta la conducta asumida por este.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación presentado por Colpensiones, así como el grado jurisdiccional de consulta a su favor en lo no apelado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del CPTSS.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de decisión determinar, si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual que hizo el demandante a través de la AFP Davivir hoy Protección S.A., fue ineficaz por falta de información, y si como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a Colpensiones todos los aportes realizados por el actor en el RAIS, junto con los gastos de administración y demás deducciones.

En el presente asunto no son materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: *i*) que el señor Helman Suarez Villalba nació el 8 de octubre de 1958 (f° 78, archivo 01, carpeta 1ª inst, exp. Digital); *ii*) que cotizó al ISS entre el 1 de mayo de 1983, hasta el 31 de diciembre de 1997, acumulando un total de 756,29 semanas (f°96, archivo 01, carpeta 1ª inst, exp. Digital); *iii*) que **10 de marzo de 1999**, suscribió formulario de la vinculación con la AFP Davivir Pensiones y Cesantías hoy Protección S.A., afiliación que se hizo efectiva a partir del 1 de mayo de 1999 (f°35, archivo 01, carpeta 1ª inst, exp. Digital); y *iv*) que posteriormente, se trasladó a las AFP Colmena e ING, por cesión por fusión, ambas administradas por Protección S.A., encontrándose afiliado a esta última (f°33, archivo 12, carpeta 1ª inst, exp. Digital).

INEFICACIA DEL TRASLADO

Ha sostenido la alta Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral que cuando el conflicto suscitado tiene como origen la omisión de información al afiliado por parte de la AFP en el momento de traslado de régimen pensional debe analizarse desde la figura jurídica de la ineficacia, puesto que al transgredirse el

derecho a que el cambio de régimen pensional sea libre y voluntario, el efecto jurídico previsto por el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, no es otro que el de la ineficacia de la afiliación sin perjuicio de que adicionalmente solicite el resarcimiento de perjuicios que considera se le causaron (CSJ SL3871-2021, CSJ SL 3611-2021, CSJ SL3537-2021 y CSJ SL 1565 - 2022). Por consiguiente, no es necesario que se configure un vicio en su consentimiento por error de hecho, fuerza o dolo, puesto que al tratarse de ineficacia del traslado debe centrarse en establecer si la administradora de pensiones cumplió con su deber de información en el momento que el afiliado tomó la decisión de cambiarse de sistema pensional.

Igualmente se fijó por esa Corporación que es a las administradoras de pensiones a quienes les corresponde acreditar el cumplimiento del deber de información, pues exigir al afiliado una prueba del incumplimiento por parte de la AFP al deber de información es un despropósito, en la medida que la alegación de no recibir información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuar el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; además, estableció que la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento, y finalmente explicó que no era razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación tienen una clara preeminencia respecto al afiliado lego, a tal punto que la legislación considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en desfavor de los consumidores financieros (artículo 11, literal b), Ley 1328 de 2009) (CSJ SL1452-2019).

Asimismo, ha indicado la Sala de Casación Laboral de la CSJ que el fondo privado cumple con su deber de información cuando la asesoría brindada para el momento en que el afiliado decide trasladarse contiene una información suficiente, transparente, cierta y oportuna, es decir, cuando se hace una adecuada ilustración

sobre las características, condiciones, consecuencias, riesgos, ventajas y desventajas de la determinación de cambio de régimen pensional, deber que ha existido desde la creación de las sociedades administradoras de fondos de pensiones y cuyo cumplimiento permite que la elección de cualquiera de los regímenes pensionales sea libre y voluntaria conforme lo ordena el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 (CSJ SL755-2022, CSJ SL3349-2021 y CSJ SL1565 - 2022).

En ese sentido, precisó dicha Corporación que no puede argüirse que *«existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito»* (CSJ SL12136-2014, CSJ SL1467-2021). Igualmente, resaltó que el Decreto 663 de 1993, *«Estatuto Orgánico del Sistema Financiero»*, aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.º del artículo 97, la obligación de las mismas de *«suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado»*, haciendo alusión a la Ley 795 de 2003, *«Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones»*, en la cual se recalca en su artículo 21, ese deber **preexistente** de información a cargo de las AFP, en el sentido que la información suministrada tenía como propósito no solo evaluar las mejores opciones del mercado sino también la de *«poder tomar decisiones informadas»*.

Concluyó la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral que, desde su fundación, las AFP tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara

a sus intereses. Sobre el particular, cabe traer a colación, lo dicho en la sentencia CSJ SL4025-2021, en la que se expuso:

Esta Corte desde hace varios años, ha puntualizado, que la información que se ha de proporcionar al afiliado (a), debe efectuarse bajo la óptica de que quien la brinda sabe de su importancia y valor, a fin de orientar a este en aquellos aspectos que pueden acarrear consecuencias mayúsculas, como es el caso del cambio de régimen, evento en el que la administradora tiene el deber del buen consejo, de ilustración suficiente, dándole a conocer las diferentes alternativas, lo que en todo caso, va más allá de una simple información o diligenciamiento de un formulario de vinculación o traslado, aspectos que precisamente son de los que se duele el demandante, no acontecieron en su caso.

Así las cosas, en cuanto al deber de información exigible a las AFP, se ha considerado que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de las AFP, se estableció en cabeza de estas el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, acerca de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas (CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019, CSJ SL4360-2019, CSJ 2611-2020, CSJ SL4806-2020, entre otras).

Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria (1993-2009), al de asesoría y buen consejo (2009-2014), y finalmente al de doble asesoría (2014- en adelante). Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido (sentencia CSJ SL4062-2021).

Así, para la fecha en que el actor se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad –**10 de marzo de 1999**–, la obligación de la AFP se enmarcaba en el primer periodo, según el cual debía entregar información suficiente y transparente que le permitiera elegir «*libre y voluntariamente*» la opción que mejor se ajustara a

sus intereses (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019), conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 -posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003-, lo cual implicaba la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

Conforme lo anterior, la AFP Davivir hoy Protección que fue la que propició el acto del traslado de régimen pensional tenía el deber de asesoría e información suficiente y transparente, pues desde la creación del sistema el legislador previó el derecho de toda persona a elegir libre y voluntariamente el régimen pensional, lo cual no puede desconocerse, atentarse o impedirse en cualquier forma, so pena de las sanciones de que trata el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 y que la afiliación quede sin efecto, esto es, que se produzca su ineficacia, lo que ocurre justamente cuando la AFP omite su deber de información, tal y como lo ha señalado la Corte (CSJ SL4360-2019).

En este sentido, aun cuando en el expediente obra el formulario de solicitud de afiliación de la AFP Davivir hoy Protección, de él solo se advierte la fecha de su diligenciamiento, los datos personales y laborales del accionante, de modo que únicamente da cuenta de una exigencia requerida para el ingreso de un afiliado con la fórmula pre-impresa en la casilla destinada a la firma, sin que del mismo pueda concluirse que dicha AFP cumplió con el deber de suministrar al afiliado una ilustración suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna sobre las implicaciones de abandonar el esquema de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras.

Y es que en este punto debe advertirse que no basta con la suscripción del formulario de afiliación, para darle plena validez al traslado, porque la *«[...] firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un*

consentimiento, pero no informado» (CSJ SL1688-2019, reiterada en la CSJ SL1741-2021, donde se rememoran las sentencias CSJ SL1452-2019, CSJ SL1421-2019, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL19447-2017).

Ahora, frente a los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados, porque le realizaron una reasesoría, o porque no retorno al RPM, advierte esta sala que no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad.

En consonancia con lo antes señalado, debe resaltar la Sala que desde la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, se ha sostenido que una vez acreditada la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual, el acto jurídico no se torna en eficaz por los cambios que los afiliados hagan entre administradoras privadas o **porque no hayan expresado inconformidad alguna con el sistema habiendo permanecido en el mismo**, lo que ha sido reiterado entre otras en las providencias CSJ SL2877-2020, CSJ SL1942-2021, CSJ SL1949-2021 y CSJ SL1623-2022.

Bajo el anterior contexto, resulta claro que la administradora de pensiones, no cumplió con el deber de información suficiente, clara, comprensible y oportuna sobre las características de los dos regímenes pensionales y las consecuencias que implicaba el retirarse del RPM al que se encontraba afiliado, carga probatoria que a ellas les correspondía como se tiene adoctrinado por nuestro máximo órgano de cierre (CSJ SL1565-2022, CSJ SL1055-2022, CSJ, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4426-2019, CSJ SL4806-2020 y CSJ SL4062-2021); en consecuencia, como ello no se acreditó, conduce a que **el traslado se torne ineficaz**, como acertadamente lo concluyó el juez de primer grado, por lo que habrá de confirmarse su decisión en lo relativo a este punto.

En lo que respecta a los **gastos de administración, las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia** y demás emolumentos ordenados devolver por parte de los fondos de pensiones privados, cabe reseñar que la figura jurídica de la ineficacia del traslado, supone que el mismo nunca ocurrió; es decir, debe entenderse que no existió el cambio al sistema privado de pensiones, lo que conduce a retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, como si el acto jurídico no hubiese existido, como efectos *ex tunc* (desde siempre). Bajo ese horizonte, resulta totalmente válido, que se disponga que las AFP privadas, trasladen a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, gastos de administración, primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, entre otros, con cargo a sus propias utilidades, tal y como lo ha admitido la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, pudiéndose traer a colación la sentencia CSJ SL1467-2021, en la que adocrinó:

[...] en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al RAIS, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.

Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adocrinado 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 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 SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJ SL2877-2020 y CSJ SL4811-2020). (Subrayadas fuera del texto original).

En similar sentido, en providencia CSJ SL1795-2017, reiterada en la CSJ SL4025-2021, entre muchas otras, se asentó:

*“La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, **sumas adicionales de la aseguradora**, con todos sus frutos e*

intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.

Cabe agregar, que por vía jurisprudencial se ha aceptado que los fondos de pensiones, también deben devolver a Colpensiones las «*primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos*» (CSJ SL1055-2022, entre muchas otras). Al respecto, se observa que el Juzgador dio la orden de reembolso en los términos previamente establecidos, por lo que se confirmará integralmente su decisión.

Se precisa además que, conforme lo consideró el *a quo*, dichos valores deben ser indexados, pues por el transcurso del tiempo han sufrido pérdida del valor adquisitivo, no siendo viable que Colpensiones deba asumirla. Igualmente es de resaltar que, conforme a las sentencias precitadas, resulta acertada la orden de restitución de intereses y frutos en los términos del artículo 1746 del Código Civil, como quiera que, como se indicó ello es una consecuencia jurídica de la ineficacia del traslado que no es otra que las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de traslado jamás hubiera existido.

Lo anterior, no genera ningún detrimento ni un desequilibrio para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, dado que la ineficacia del traslado de régimen del demandante implica, como ya se dijo, la devolución de todos los dineros por ella aportados al RAIS más sus rendimientos, frutos e intereses que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de esta 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 (CSJ SL

4911-2019), de modo que no está llamado a prosperar el recurso que en ese sentido efectuó Colpensiones.

PRESCRIPCIÓN

En cuanto a la excepción de prescripción que propusieron las demandadas, esta Sala ha manifestado reiteradamente que la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible porque se trata de un estado jurídico que no está sujeto a aquel fenómeno extintivo, a diferencia de lo que sucede con los derechos de crédito (CSJ SL1688-2019, reiterada en CSJ SL4360-2019).

COSTAS DE PRIMERA INSTANCIA

En que lo respecta al recurso formulado por Colpensiones, encaminado a que se revoque la condena en costas de primera instancia en su contra, advierte esta Sala que no le asiste razón, de conformidad con el numeral 1 del artículo 365 del CGP aplicable en materia laboral por remisión del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, se debe condenar en costas a la parte vencida en el proceso, que en este caso además de Protección S.A., fue Colpensiones en tanto ninguna de las excepciones por ella formuladas en sede de primera instancia prosperó. Por lo expuesto, se despachará desfavorablemente tal reparo.

COSTAS

Se condenará en costas y agencias en derecho de segunda instancia a Colpensiones por no haber prosperado el recurso de alzada.

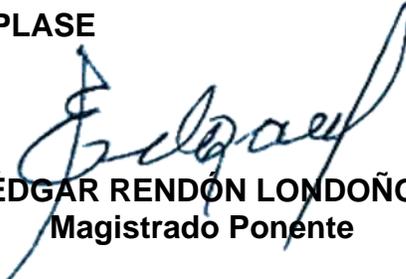
En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada y consultada, proferida por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones anteriormente expuestas.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la Colpensiones.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

AUTO PONENTE:

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de Colpensiones en la suma de \$1.160.000.



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

República de Colombia



Libertad y Orden

Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	11001310501320220027001
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	GERMÁN MAURICIO VEGA TORRES
DEMANDADO	<ul style="list-style-type: none"> - ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES - LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

En Bogotá D. C. a los treinta y un (31) días del mes de octubre de dos mil veintitrés (2023), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA:

ANTECEDENTES

Pretende el señor **GERMÁN MAURICIO VEGA TORRES** se **declare** la ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida (en adelante RPM) al de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS) realizado a través de la AFP Porvenir por omisión al deber de información. Como consecuencia de lo anterior, pretende que se **ordene** a la AFP a trasladarlo al RPM con Colpensiones, junto con los valores que hubiese cotizado, bonos pensionales, sumas adicionales a la aseguradora, con los frutos e intereses, con los rendimientos que se hubiesen causado y gastos de administración; que se **ordene** a Colpensiones recibirlo y a activar su afiliación sin solución de continuidad; que se condene a los demandados al pago de costas, agencias en derecho y a lo que resulte probado extra y ultra petita.

Como hechos fundamento de las pretensiones (f° - 16 archivo 02, carpeta 1ª inst. exp. digital), señaló en síntesis, que nació el 25 de septiembre de 1964; que desde el 21 de octubre de 1991, hasta el 31 de mayo de 1994, estuvo afiliado al ISS con la convicción de estar en la entidad más estable, donde acumuló 121 semanas; que en el

mes de junio de 1994, los asesores de la AFP Porvenir S.A. visitaron las instalaciones de su empleador; que estos asesores le ofrecieron beneficios superiores a los que tenía en el RPM, sin manifestarle cuáles eran las implicaciones de efectuar un traslado de régimen como tampoco los requisitos y condiciones necesarios para obtener las prestaciones económicas en el RAIS; que con ocasión de la información parcializada que recibió de tales promotores fue persuadido para trasladarse a la AFP Porvenir S.A.

Refirió que, el día 04 de marzo de 2022, radicó derecho de petición ante la AFP Porvenir S.A. solicitando que se declarara la ineficacia y se le retornara al RPM, el cual fue contestado de manera negativa; que el día 14 de marzo de 2022, presentó petición a Colpensiones requiriendo el retorno al RPM, la cual fue igualmente negada; que de pensionarse en Porvenir su mesada ascendería a \$2.566.300, de conformidad con la proyección pensional efectuada por esta misma entidad, mientras que de haber mantenido en Colpensiones, su mesada correspondería a \$6.180.381; que no tiene la calidad de pensionado.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (archivo 10 carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento del actor; que desde el 21 de octubre de 1991, hasta el 31 de mayo de 1994 estuvo afiliado al ISS, donde acumuló 121 semanas; que el día 14 de marzo de 2022, presentó petición a Colpensiones requiriendo el retorno al RPM, la cual fue igualmente negada. Respecto de los demás hechos, indicó que no eran ciertos o que no le constaban; que cotizó al RPM con el entonces ISS desde el 16 de mayo de 1981 hasta el 31 de octubre de 2001, acumulando un total de 398 semanas; que el 25 de julio de 2019, elevó derecho de petición a Colpensiones en el que solicitaba la nulidad de su traslado al RAIS y consecuente retorno al RPM, la cual fue contestada de manera negativa por esta entidad. Frente a los demás hechos indicó que no le constaban.

Propuso como excepciones de fondo, las de prescripción y caducidad, inexistencia del Derecho y de la obligación por falta de reunir los requisitos legales, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, cobro de lo no debido, buena fe, imposibilidad de condena en costas.

LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., contestó (f° 1 – 33 archivo 08 carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, solo aceptó que el actor no tenía la calidad de pensionado. Respecto de los demás, indicó que no eran ciertos o que no le constaban.

Como excepciones de mérito propuso las de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, restituciones mutuas y la genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 14 de abril de 2023 (archivo 18 carpeta 1ª inst. exp. digital), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado que hiciera el demandante Germán Mauricio Vega Torres a la AFP Porvenir S.A., el 14 de junio de 1994 y con fecha de efectividad el 1° de julio de esa anualidad, por las razones antes expuestas.

SEGUNDO: CONDENAR a Porvenir S.A. a devolver a Colpensiones, la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, así como los aportes al fondo de garantía de pensión mínima, por lo expuesto precedentemente.

TERCERO: CONDENAR a Colpensiones a tener como afiliado al actor, a recibir los dineros referidos en el numeral anterior y actualizar su Historia Laboral, conforme a lo antes visto.

CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas, conforme se indicó en la parte considerativa de la decisión.

QUINTO: CONDENAR en costas a la demandada Porvenir S.A. y en favor de la actora, incluyéndose como agencias en derecho en esta instancia la suma de \$1.200.000.

SEXTO: Por haber sido condenada Colpensiones y fungir la Nación como garante, REMITIR el proceso a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá en grado jurisdiccional de consulta en su favor.

Para **fundamentar su decisión** argumentó que tanto el artículo 11 del Decreto 962 de 1994, como el literal b) del artículo 13 de la Ley de 100 de 1993, establecían que la selección de cualquier régimen pensional debía ser libre y espontánea por parte del afiliado; que el artículo 271 del mismo cuerpo normativo, dispuso que si cualquier persona natural o jurídica limitaba o atentaba contra ese derecho de libre elección, la afiliación del trabajador quedaría sin efecto.

Resaltó que, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en las sentencias CSJ SL12137-2014 y CSJ SL1637-2022, ha hecho énfasis en la importancia de que la escogencia del régimen pensional esté precedida de una decisión informada; que esta Alta Corporación ha considerado que las administradoras de pensiones se ubicaban en el campo de la responsabilidad profesional; que en consecuencia, se encontraban compelidas a brindar sus servicios de manera eficaz y eficiente, lo que les imponía, entre otros deberes, el de suministrar la debida información a los afiliados en todas las etapas, incluida la antesala de la afiliación; que la información que debían trasladar esas entidades debía ser completa y comprensible y debía contener todos los pormenores de los regímenes, tanto de los benéficos como de los aspectos negativos de

cada uno, pues de lo contrario, se estaría transgrediendo el derecho fundamental a la seguridad social de los afiliados.

Dijo que, las AFPs eran entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia y que conforme al numeral 1 del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, debían suministrar a los usuarios, la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realizaban, de suerte que les permitieran a través de elementos de juicio claros y objetivos escoger la opción que mejor les favoreciera; que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en diversos pronunciamientos, ha señalado que las AFPs faltaban al deber de información cuando omitían poner en conocimiento de los afiliados las desventajas del régimen al que pretendían trasladarse y ocultaban los requisitos o condiciones requeridas para obtener las prestaciones de cada régimen.

Expuso que, Porvenir S.A. era quien tenía la carga de acreditar que al demandante se le había brindado la información suficiente y correcta al momento del traslado del régimen pensional, pues lo alegado por el actor con relación a la ausencia del cumplimiento del deber de información correspondía a una negación indefinida, la cual debía valorarse bajo la literalidad del artículo 167 del Código General del Proceso, que indicaba que este tipo de negaciones no requerían prueba, de manera que a quien le correspondía comprobar el hecho positivo contrario, es decir, la debida asesoría e información, era a Porvenir S.A.

Expuso que, con las pruebas obrantes en el expediente, no era posible establecer que Porvenir S.A. en el año 1994, le hubiese expuesto al demandante las características, ventajas y desventajas objetivas de los regímenes vigentes, así como tampoco las consecuencias jurídicas del traslado, pues para demostrar el cumplimiento del deber de información no bastaba con la manifestación consignada en el texto preimpreso del formulario, como tampoco que le hubiesen informado algunas de las ventajas del RAIS; que del interrogatorio practicado al demandante no se obtuvo confesión alguna, pues este indicó no conocer cuál era el funcionamiento del RAIS, ni las implicaciones del traslado como tampoco los requisitos necesarios para obtener las prestaciones económicas.

Con base en lo expuesto, concluyó que debía declararse la ineficacia de la afiliación del año 1994, sin que cambie dicho panorama el hecho de que el afiliado no hubiese solicitado el cambio de régimen 10 años antes de cumplir la edad para pensionarse, pues ello en nada varía la situación ocurrida al efectuar el traslado de régimen.

Frente a la excepción de prescripción, señaló que por disposición del artículo 48 de la Constitución Política la seguridad social es un derecho de carácter irrenunciable; que conforme lo ha establecido la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la declaración de ineficacia del traslado no está sometida al termino trienal, por corresponder a un asunto que está estrechamente ligado a la construcción de un derecho pensional.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES interpuso recurso de apelación solicitando que se revocara en su integridad la sentencia. Para tal efecto argumentó que, el a quo no tuvo en cuenta que en este caso lo importante era revisar si existía una coincidencia entre la voluntad del actor y el contenido del formato de solicitud de traslado de régimen, cuestión que en este caso estaba acreditada, sin que existiera duda sobre la intención de aquel de pertenecer al RAIS. Refirió además que el juzgador no tuvo en cuenta que el afiliado se encontraba inmerso en la prohibición contenida en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, para efectuar el traslado, omisión que afectaba la sostenibilidad del sistema pensional, como quiera que el legislador había previsto tal prohibición a efectos de evitar que personas que no hubiesen contribuido con su cotización a la financiación del fondo común del RPM y estuviesen próximos a pensionarse, pudieran retornar indiscriminadamente y con ello afectar el derecho pensional de los afiliados que sí mantuvieron constante su vinculación; que del interrogatorio de parte rendido por el actor se desprendía que él conocía acerca de las consecuencias de efectuar el cambio de régimen pensional y que en tal sentido, debería revocarse la sentencia, junto con la condena en costas y agencias en derecho.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación presentado por Colpensiones, así como en el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta en lo no apelado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del CPTSS.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual que hizo el demandante a través de la AFP Porvenir S.A., es ineficaz por falta de información, y si como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a COLPENSIONES los aportes realizados por el actor en el RAIS y demás deducciones efectuadas.

En el presente asunto no son materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: *i)* que el señor **GERMÁN MAURICIO VEGA TORRES** nació el 25 de septiembre de 1964 (f°01 archivo 03 carpeta 1ª inst. exp. digital); *ii)* que se afilió al ISS donde cotizó desde el 21 de octubre de 1991 hasta el 31 de mayo de 1994, un total de 121,14 semanas (archivo GRP-SCH- HL – Expediente Administrativo carpeta 1ª inst. exp. digital); y *iii)* que el 14 de junio de 1994, suscribió formulario de afiliación con la AFP Porvenir, a través del cual se trasladó al RAIS el cual se hizo efectivo a partir del **01 de julio de 1994** (f° 76 – 80 archivo 11 carpeta 1ª inst. exp. digital), donde permanece hasta la actualidad.

INEFICACIA DEL TRASLADO

Ha sostenido la alta Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral que, cuando el conflicto suscitado tiene como origen la omisión de información al afiliado por parte de la AFP en el momento de traslado de régimen pensional debe analizarse desde la figura jurídica de la ineficacia, puesto que al transgredirse el derecho a que el cambio de régimen pensional sea libre y voluntario, el efecto jurídico previsto por el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, no es otro que el de la ineficacia de la afiliación sin perjuicio de que adicionalmente solicite el resarcimiento de perjuicios que considera se le causaron (CSJ SL3871-2021, CSJ SL 3611-2021, CSJ SL3537-2021 y CSJ SL 1565 - 2022). Por consiguiente, no es necesario que se configure un vicio en su consentimiento por error de hecho, fuerza o dolo, puesto que al tratarse de ineficacia del traslado debe centrarse en establecer si la administradora de pensiones cumplió con su deber de información en el momento que el afiliado tomó la decisión de cambiarse de sistema pensional.

Igualmente, se fijó por esa Corporación que es a las administradoras de pensiones a quienes les corresponde acreditar el cumplimiento del deber de información, pues exigir al afiliado una prueba del incumplimiento por parte de la AFP al deber de información es un despropósito, en la medida que la alegación de no recibir información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuar el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; además, estableció que la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento, y finalmente explicó que no era razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación tienen una clara preeminencia respecto al afiliado lego, a tal punto que la legislación considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en desfavor de los consumidores financieros (artículo 11, literal b), Ley 1328 de 2009) (CSJ SL1452-2019).

Así mismo, ha indicado la Sala de Casación Laboral de la CSJ que el fondo privado cumple con su deber de información cuando la asesoría brindada para el momento en que el afiliado decide trasladarse contiene una información suficiente, transparente, cierta y oportuna, es decir, cuando se hace una adecuada ilustración sobre las características, condiciones, consecuencias, riesgos, ventajas y desventajas de la determinación de cambio de régimen pensional, deber que ha existido desde la creación de las sociedades administradoras de fondos de pensiones y cuyo cumplimiento permite que la elección de cualquiera de los regímenes pensionales sea libre y voluntaria conforme lo ordena el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 (CSJ SL755-2022, CSJ SL3349-2021 y CSJ SL1565 - 2022).

En ese sentido, precisó dicha Corporación que no puede argüirse que *«existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito»* (CSJ SL12136-2014, CSJ SL1467-2021). Igualmente, resaltó que el Decreto 663 de 1993, *«Estatuto Orgánico del Sistema Financiero»*, aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.º del artículo 97, la obligación de las mismas de *«suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado»*, haciendo alusión a la Ley 795 de 2003, *«Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones»*, en la cual se recalca en su artículo 21, ese deber **preexistente** de información a cargo de las AFP, en el sentido que la información suministrada tenía como propósito no solo evaluar las mejores opciones del mercado sino también la de *«poder tomar decisiones informadas»*.

Concluyó la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral que, desde su fundación, las AFP tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. Sobre el particular, cabe traer a colación, lo dicho en la sentencia CSJ SL4025-2021, en la que se expuso:

Esta Corte desde hace varios años, ha puntualizado, que la información que se ha de proporcionar al afiliado (a), debe efectuarse bajo la óptica de que quien la brinda sabe de su importancia y valor, a fin de orientar a este en aquellos aspectos que pueden acarrear consecuencias mayúsculas, como es el caso del cambio de régimen, evento en el que la administradora tiene el deber del buen consejo, de ilustración suficiente, dándole a conocer las diferentes alternativas, lo que en todo caso, va más allá de una simple

información o diligenciamiento de un formulario de vinculación o traslado, aspectos que precisamente son de los que se duele el demandante, no acontecieron en su caso.

Así las cosas, en cuanto al deber de información exigible a las AFP, se ha considerado que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de las AFP, se estableció en cabeza de estas el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, acerca de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas (CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019, CSJ SL4360-2019, CSJ 2611-2020, CSJ SL4806-2020, entre otras).

Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria (1993-2009), al de asesoría y buen consejo (2009-2014), y finalmente al de doble asesoría (2014- en adelante). Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido (sentencia CSJ SL4062-2021).

Así, para la fecha en que el accionante se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad –**14 de junio de 1994 con efectividad del 01 de julio del mismo año** -, la obligación de la AFP se enmarcaba en el primer periodo, según el cual debía entregar información suficiente y transparente que le permitiera elegir «*libre y voluntariamente*» la opción que mejor se ajustara a sus intereses (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019), conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 -posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003-, lo cual implicaba la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

Conforme lo anterior, la AFP Porvenir que fue la que propició el acto del traslado de régimen pensional tenía el deber de asesoría e información suficiente y transparente, pues desde la creación del sistema el legislador previó el derecho de toda persona a elegir libre y voluntariamente el régimen pensional, lo cual no puede desconocerse, atentarse o impedirse en cualquier forma, so pena de las sanciones de que trata el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 y que la afiliación quede sin efecto, esto es, que se produzca su ineficacia, lo que ocurre justamente cuando la AFP omite su deber de información, tal y como lo ha señalado la Corte (CSJ SL4360-2019).

Ahora bien, aun cuando en el expediente obra el formulario de solicitud de afiliación de la AFP, de él solo se advierte la fecha de su diligenciamiento, los datos personales y laborales del accionante, de modo que únicamente da cuenta de una exigencia requerida para el ingreso de un afiliado con la fórmula pre-impresa en la casilla destinada a la firma, sin que del mismo pueda concluirse que dicha AFP cumplió con el deber de suministrar al afiliado una ilustración suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna sobre las implicaciones de abandonar el esquema de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras.

Además, se pone de presente que la Corte Suprema de Justicia también ha señalado que no basta con la suscripción del formulario de afiliación, para darle plena validez al traslado, porque la *«[...] firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado»* (CSJ SL1688-2019, reiterada en la CSJ SL1741-2021, donde se rememoran las sentencias CSJ SL1452-2019, CSJ SL1421-2019, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL19447-2017).

Ahora, respecto del reparo formulado por Colpensiones según el cual del interrogatorio del demandante se desprendía que este sí conocía acerca de las consecuencias de efectuar el traslado de régimen pensional, estima esta Sala que no tiene vocación de prosperidad, pues al examinar la declaración del actor no se halla confesión alguna en los términos del artículo 191 del CGP, como quiera que este solo indicó que previo a efectuar el tránsito de régimen, fue participe de una reunión colectiva en el establecimiento de su empleador, en la que los asesores de Porvenir le mencionaron que de afiliarse a tal AFP, obtendría una mesada pensional superior y que por su parte el ISS desaparecería con lo estaría en riesgo la posibilidad de pensionarse. Aunado a ello, el actor refirió que no le informaron qué era una cuenta de ahorro individual o cuáles eran los requisitos que debía cumplir para pensionarse en el RAIS, sin que tales afirmaciones constituyan entonces una confesión de haber recibido información y asesoría para el traslado en cuestión.

Bajo el anterior contexto, resulta claro que las administradoras de pensiones, no cumplieron con el deber de información suficiente, clara, comprensible y oportuna sobre las características de los dos regímenes pensionales y las consecuencias que implicaba el retirarse del RPM al que se encontraba afiliado, carga probatoria que a ellas les correspondía como se tiene adoctrinado por nuestro máximo órgano de cierre (CSJ SL1565-2022, CSJ SL1055-2022, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4426-2019, CSJ SL4806-2020 y CSJ SL4062-2021); en

consecuencia, como ello no se acreditó, conduce a que **el traslado se torne ineficaz**, como acertadamente lo concluyó la juez de primer grado, por lo que habrá de confirmarse su decisión en lo relativo a este punto.

En lo que respecta a los **gastos de administración, las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia** y demás emolumentos ordenados devolver por parte de los fondos de pensiones privados, cabe reseñar que la figura jurídica de la ineficacia del traslado, supone que el mismo nunca ocurrió; es decir, debe entenderse que no existió el cambio al sistema privado de pensiones, lo que conduce a retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, como si el acto jurídico no hubiese existido, como efectos *ex tunc* (desde siempre). Bajo ese horizonte, resulta totalmente válido, que se disponga que las AFP privadas, trasladen a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, gastos de administración, primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, entre otros, con cargo a sus propias utilidades, tal y como lo ha admitido la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, pudiéndose traer a colación la sentencia CSJ SL1467-2021, en la que adoctrinó:

[...] en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al RAIS, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.

Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado 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 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 SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJ SL2877-2020 y CSJ SL4811-2020). (Subrayadas fuera del texto original).

En similar sentido, en providencia CSJ SL1795-2017, reiterada en la CSJ SL4025-2021, entre muchas otras, se asentó:

*“La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, **sumas adicionales de la aseguradora**, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.*

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.

Cabe agregar, que por vía jurisprudencial se ha aceptado que los fondos de pensiones, también deben devolver a Colpensiones las «*primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos*» (CSJ SL1055-2022, entre muchas otras).

Por lo tanto, se hace necesario **Modificar y Adicionar** el numeral segundo de la sentencia de primer grado, en el sentido de CONDENAR a la AFP Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones y esta a su vez a recibir por parte de aquella, las cotizaciones recibidas en su integridad, los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, y los rendimientos con las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, más los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., y demás rubros que posea el actor en su cuenta de ahorro individual, toda vez que el a quo omitió ordenar en su totalidad la devolución de los mismos, como lo dispone la sentencia en cita, pues como se dijo, estos hacen parte de la cuenta del demandante y con ellos es claro, que habrá de financiarse las prestaciones a que haya lugar por parte de Colpensiones.

Dichos valores deben ser indexados, como quiera que por el transcurso del tiempo, han sufrido pérdida del valor adquisitivo, no siendo viable que Colpensiones deba asumir esta; de otro lado, pese a que la cuenta de ahorro individual del actor generó rendimientos, ellos no compensan la devaluación que se pretende proteger con la indexación.

Lo anterior, no vulnera el principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema, dado que, la ineficacia del traslado de régimen del demandante implica, como ya se dijo, la devolución de todos los dineros por él aportados al RAIS más sus rendimientos, frutos e intereses que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de esta 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 (CSJ SL 4911-2019), de modo que no le asiste razón a tal administradora en los argumentos expuestos en su recurso de alzada.

PRESCRIPCIÓN

En cuanto a la excepción de prescripción que propusieron las demandadas, esta Sala ha manifestado reiteradamente que la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible porque se trata de un estado jurídico que no

está sujeto a aquel fenómeno extintivo, a diferencia de lo que sucede con los derechos de crédito (CSJ SL1688-2019, reiterada en CSJ SL4360-2019).

Frente a las demás excepciones propuestas por la parte pasiva, se declararán no probadas como quiera que la ineficacia del traslado salió adelante.

COSTAS DE PRIMERA INSTANCIA

En lo respecta al recurso formulado por la parte Colpensiones, encaminado a que se revoque la condena en costas de primera instancia en su contra advierte esta Sala que no le asiste razón. De conformidad con el numeral 1 del artículo 365 del Código General del Proceso aplicable en materia laboral por remisión del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, se debe condenar en costas a la parte vencida en el proceso, que en este caso además de Porvenir S.A., fue Colpensiones en tanto ninguna de las excepciones por ella formuladas en sede de primera instancia prosperó. Por lo expuesto, se despachará desfavorablemente tal reparo.

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo Colpensiones, como quiera que su recurso de alzada no prosperó, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del CGP.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR Y MODIFICAR EL NUMERAL SEGUNDO de la sentencia proferida por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en el sentido de **CONDENAR a SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**, a pagar con su propio patrimonio y trasladar a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**, las cotizaciones recibidas en su integridad, los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los aportes al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, y los rendimientos con las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, más los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., debidamente indexados. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

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

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de Colpensiones.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada


ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

AUTO DEL PONENTE:

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de Colpensiones, la suma de \$1.160.000.


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

República de Colombia



Libertad y Orden

Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	11001310502020210062801
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	CÁNDIDA STELLA SEPÚLVEDA GARCÍA
DEMANDADO	- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES - SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

En Bogotá D. C. a los treinta y un (31) días del mes de octubre de dos mil veintitrés (2023), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA:**ANTECEDENTES**

Pretende la señora **CÁNDIDA STELLA SEPÚLVEDA GARCÍA** que se deje sin valor y efecto su traslado de régimen de prima media con prestación definida (en adelante RPM) al de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS) realizado a Porvenir S.A. Como consecuencia de lo anterior, pretende que se **ordene** a Porvenir S.A. a trasladar sus aportes a Colpensiones; que se **ordene** a esta última a recibirlos; que se **condene** a las demandadas a lo que resulte probado en uso de las facultades extra y ultra petita, al pago de costas y agencias en derecho.

Como hechos fundamento de las pretensiones (f° 1 - 08 archivo 03, carpeta 1ª inst. exp. digital), señaló que estuvo afiliada al ISS desde el 16 de julio de 1986, hasta el 30 de junio de 1999; que los asesores de Porvenir acudieron a las instalaciones de su empleador y le indicaron que de trasladarse a esa AFP podría pensionarse a cualquier edad, negociar su mesada pensional, obtener la devolución de sus aportes ahorrados; que de permanecer en el ISS sus aportes se perderían debido a que esta entidad desaparecería, por lo que con ocasión de esa información sesgada decidió trasladarse al RAIS.

Destacó que, los días 12 y 26 de noviembre de 2021, presentó solicitudes a Porvenir y Colpensiones, respectivamente, encaminadas a que se le trasladara nuevamente al RPM, las cuales fueron contestadas de manera negativa por ambas entidades; que a la fecha de la presentación de la demanda contaba con 1.679 semanas de cotización y que cumpliría la edad para pensionarse el 01 de marzo de 2023.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (f°3 - 39 archivo 07 carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que la actora se afilió al ISS desde el 16 de julio de 1986, hasta el 30 de junio de 1999; que el 26 de noviembre de 2021, la actora había presentado petición encaminada a retornar a Colpensiones, la cual fue contestada negativamente por esta entidad. Respecto de los demás hechos indicó que no eran ciertos o que no le constaban.

Como excepciones de mérito, propuso las de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de 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.

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** contestó (f°3 a 25 archivo 05 carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, no aceptó ninguno indicando que no eran ciertos o que no le constaban. Como excepciones de mérito, propuso las de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y excepción genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 09 de mayo de 2023 (archivo 11 carpeta 1ª inst. exp. digital), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación o traslado de Régimen pensional de Prima Media con Prestación definida al de Ahorro Individual con Solidaridad, efectuado por la señora CÁNDIDA STELLA SEPÚLVEDA GARCÍA a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., el día 18 de mayo de 1995, conforme a lo considerado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: DECLARAR como aseguradora de la demandante para los riesgos de invalidez, vejez y muerte a LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES.

TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., devolver los aportes girados a su favor por concepto de cotizaciones obligatorias a pensiones de la afiliada CÁNDIDA STELLA SEPÚLVEDA GARCÍA, junto con los rendimientos financieros causados, con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES EICE y los bonos pensionales si los hubiese a su respectivo emisor.

CUARTO: CONDENAR en costas a las demandadas ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., y COLPENSIONES EICE, a favor de la señora CÁNDIDA STELLA SEPÚLVEDA GARCÍA. Tásense por secretaría, incluyendo como agencias en derecho el equivalente TRES (3) SMMLV, a cuota parte.

Como **fundamentos de la decisión** señaló que era necesario acudir a los artículos 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, al 167 del Código General del Proceso y al 1604 del Código Civil, así como a la línea jurisprudencial pacífica de la Corte Suprema de Justicia que inició en el año 2008 a través de las sentencias SL, 9 sep. 2008 rad. 31314 y SL 9 sep. 2008 rad. 31989, a partir de las cuales la Corte había replicado que cuando no había información suficiente en un traslado de fondo pensional la consecuencia jurídica era la declaratoria de ineficacia, lo cual había sido ratificado en providencias CSJ SL 373 – 2021, SL1452-2019, SL1055-2022, SL 4189-2018, entre otras.

Manifestó que, la consecuencia jurídica de la indebida asesoría era la ineficacia, la cual se generaba cuando existía una insuficiencia en la información que causaba lesiones injustificadas en el derecho pensional del afiliado, que el simple diligenciamiento del formulario de afiliación no era prueba del cumplimiento de tal deber y que le correspondía a las administradoras de fondos de pensiones allegar al proceso los documentos o medios de conocimiento que demostraran los datos proporcionados a los afiliados, en los que debían constar los aspectos positivos y negativos de la incidencia del cambio de régimen en el derecho pensional.

Adujo que, en este caso se debía analizar si a la actora se le brindó una información suficiente, clara, completa, oportuna y comprensible sobre las características de los dos regímenes pensionales, pero principalmente sobre las consecuencias reales de abandonar el RPM, al cual estaba vinculada, carga de la prueba que estaba en cabeza de las AFPs; que como pruebas relevantes que permitirían tomar en esa sede judicial la decisión se hallaban las documentales que daban cuenta de la historia laboral de la actora tanto en Colpensiones como en Porvenir y el formulario de afiliación a la AFP que acreditaba el traslado de régimen. Concluyó entonces que en el expediente no obraba prueba del cumplimiento del deber de información, pues respecto de los traslados sólo se aportaron documentos de solicitud de afiliación que no permitían comprobar cuál fue la asesoría suministrada, de ahí que se determinara que no hubo libertad informada y que por tanto debería declararse la ineficacia de los traslados.

Respecto de los gastos de administración señaló que su restitución no se había pretendido en la demanda, por lo que no era procedente entrar a resolver sobre el particular. Finalmente, en cuanto a la prescripción sostuvo que no prosperaría tal excepción debido a que la ineficacia estaba asociada a un derecho imprescriptible como lo era el de la seguridad social.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES presentó recurso de apelación, solicitando que se revocara integralmente la sentencia. Adujo que el *a quo* no tuvo en cuenta la prohibición contenida en la Ley 797 de 2003, como quiera que la demandante ya había superado el límite temporal de 10 años anteriores al cumplimiento de la edad de pensión, de ahí que Colpensiones se negara válidamente a aceptar el traslado al RAIS; que al momento del cambio de régimen a la demandante se le brindó una asesoría suficiente y adecuada; que la información que ésta refirió desconocer se encontraba contenida en Leyes de la República, por lo que no podría alegar en su beneficio tal desconocimiento; que cualquier persona que realizara un acto jurídico, como era el caso de la demandante, tenía la obligación de conocer la trascendencia de lo que voluntariamente estaba firmando y aceptando; que en todo caso, Porvenir S.A. cumplió con las cargas y exigencias vigentes para la fecha del traslado.

Expresó que, en este caso no se presentaba una vulneración injustificada al derecho pensional de la actora, máxime si se tenía en cuenta que su real motivación era obtener una mesada pensional superior y no solicitar la protección de su derecho a la debida asesoría; que el *a quo* no tuvo en cuenta que con su decisión estaba afectando la sostenibilidad fiscal de Colpensiones, como quiera que esta entidad deberá pagar a la demandada una pensión, pese a que no efectuó cotización alguna en los últimos 15 años, lo que además repercutía negativamente el interés general de los demás afiliados.

Arguyó que, de mantenerse la declaratoria de ineficacia, el *a quo* no podía negarse a ordenar la devolución de los gastos de administración, seguro previsional y cualquier rubro que hubiese sido descontado de la cotización de la actora, como quiera que tal declaración implicaría que el traslado nunca nació a la vida jurídica y que tampoco era procedente ratificar la condena en costas, debido a que Colpensiones no estaba habilitada para aceptar la afiliación de la demandante, por la prohibición previamente referida.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación presentado por Colpensiones, así como el grado jurisdiccional de consulta en su favor en lo no apelado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del CPTSS.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual que hizo la demandante a Porvenir S.A. es ineficaz por falta de información, y si, como consecuencia de ello, hay lugar a ordenar a la AFP retornar a Colpensiones todos los aportes realizados por la actora en el RAIS, junto con los gastos de administración y demás deducciones.

En el presente asunto no son materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: *i)* que la señora **CÁNDIDA STELLA SEPÚLVEDA GARCÍA** nació el día 01 de marzo de 1966 (f° 49 archivo 03 de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); *ii)* que cotizó al RPM con el ISS hoy Colpensiones desde el 16 de julio de 1986 hasta el 31 de mayo de 1999 acumulando un total de 565,86 semanas (f°40 archivo 07 de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); y *iii)* que el 18 de mayo de 1999, a través de formulario de afiliación solicitó ante Porvenir S.A. el traslado al RAIS, el cual se hizo efectivo a partir del **01 de julio de 1999** (f° 72-75 archivo 05 de la carpeta 1ª inst. exp. Digital), donde continúa afiliada a la fecha.

INEFICACIA DEL TRASLADO

La alta Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral ha sostenido que cuando el conflicto suscitado tiene como origen la omisión del suministro de información al afiliado por parte de la AFP en el momento del traslado de régimen pensional, debe analizarse desde la figura jurídica de la ineficacia, puesto que al transgredirse el derecho a que el cambio de régimen pensional sea libre y voluntario, el efecto jurídico previsto por el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, no es otro que el de la ineficacia de la afiliación, sin perjuicio de que adicionalmente, la demandante solicite el resarcimiento de perjuicios que considera se le causaron (CSJ SL3871-2021, CSJ SL 3611-2021, CSJ SL3537-2021 y CSJ SL 1565 - 2022). Por consiguiente, no es necesario que se configure un vicio en su consentimiento por error de hecho, fuerza o dolo, puesto que, al tratarse de ineficacia del traslado, el debate debe centrarse en establecer si la administradora de pensiones cumplió con su deber de información en el momento que el afiliado tomó la decisión de cambiarse de sistema pensional.

Igualmente, esa Corporación ha determinado que es a las administradoras de pensiones a quienes les corresponde acreditar el cumplimiento del deber de información,

pues exigir al afiliado una prueba del incumplimiento por parte de la AFP al deber de información es un despropósito, toda vez que la alegación de no recibir información corresponde a una negación indefinida, que solo puede desvirtuar el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; además, estableció que la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento, y, finalmente, explicó que no era razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación tienen una clara preeminencia respecto al afiliado lego, a tal punto que la legislación considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en desfavor de los consumidores financieros (artículo 11, literal b), Ley 1328 de 2009) (CSJ SL1452-2019).

Así mismo, la Sala de Casación Laboral de la CSJ ha indicado que el fondo privado cumple con su deber de información cuando la asesoría brindada para el momento en que el afiliado decide trasladarse contiene una información suficiente, transparente, cierta y oportuna, es decir, cuando se hace una adecuada ilustración sobre las características, condiciones, consecuencias, riesgos, ventajas y desventajas de la determinación de cambio de régimen pensional, deber que ha existido desde la creación de las sociedades administradoras de fondos de pensiones y cuyo cumplimiento permite que la elección de cualquiera de los regímenes pensionales sea libre y voluntaria conforme lo ordena el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 (CSJ SL755-2022, CSJ SL3349-2021 y CSJ SL1565 - 2022).

En ese sentido, precisó dicha Corporación que no puede argüirse que *«existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito»* (CSJ SL12136-2014, CSJ SL1467-2021). Igualmente, resaltó que el Decreto 663 de 1993, *«Estatuto Orgánico del Sistema Financiero»*, aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.º del artículo 97, la obligación de las mismas de *«suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado»*, haciendo alusión a la Ley 795 de 2003, *«Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones»*, en la cual se recalca en su artículo 21, ese deber **preexistente** de información a cargo de las AFP, en el sentido que la información

suministrada tenía como propósito no solo evaluar las mejores opciones del mercado sino también la de «*poder tomar decisiones informadas*».

La Corte Suprema de Justicia Sala Laboral concluyó, desde su fundación, las AFP tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. Sobre el particular, cabe traer a colación, lo dicho en la sentencia CSJ SL1055-2022, en la que se expuso:

Pues bien, es menester recordar que la Corte ha precisado de manera pacífica y reiterada que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones, se estableció en cabeza de las AFP el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados en forma clara, precisa y oportuna acerca de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas (CSJ: SL12136-2014, SL17595-2017, SL19447-2017, SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689-2019, SL3464-2019, SL4360-2019, SL2611-2020 y SL4806-2020).

Así las cosas, en cuanto al deber de información exigible a las AFP, se ha considerado que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de las AFP, se estableció en cabeza de estas el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, acerca de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas (CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019, CSJ SL4360-2019, CSJ 2611-2020, CSJ SL4806-2020, entre otras).

Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria (1993-2009), al de asesoría y buen consejo (2009-2014), y finalmente al de doble asesoría (2014- en adelante). Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido (sentencia CSJ SL4062-2021).

Así, para la fecha en la que la actora se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad **-01 de julio de 1999-**, la obligación de la AFP Porvenir S.A. se enmarcaba en el primer periodo, según el cual debía entregar información suficiente y transparente que le permitiera elegir «*libre y voluntariamente*» la opción que mejor se ajustara a sus intereses (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019), conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 -posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003-

y el parágrafo del artículo 18 del Decreto 656 de 1994, lo cual implicaba la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

Conforme lo anterior, al haber sido la AFP Porvenir S.A. la que propició el acto del traslado de régimen pensional tenía el deber de asesoría e información suficiente y transparente, pues desde la creación del sistema el legislador previó el derecho de toda persona a elegir libre y voluntariamente el régimen pensional, lo cual no puede desconocerse, atentarse o impedirse en cualquier forma, so pena de las sanciones de que trata el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 y que la afiliación quede sin efecto, esto es, que se produzca su ineficacia, lo que ocurre justamente cuando la AFP omite su deber de información, tal y como lo ha señalado la Corte (CSJ SL4360-2019).

Ahora bien, aun cuando en el expediente obra formulario de solicitud de afiliación a Porvenir S.A. de éste solo se advierte la fecha de su diligenciamiento, los datos personales y laborales de la demandante, de modo que únicamente da cuenta de una exigencia requerida para el ingreso de un afiliado con la fórmula pre-impresa en la casilla destinada a la firma, sin que de los mismos pueda concluirse que dicha AFP cumplió con el deber de suministrar al afiliado una ilustración suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna sobre las implicaciones de abandonar el esquema de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras.

Además, se pone de presente que la Corte Suprema de Justicia también ha señalado que no basta con la suscripción del formulario de afiliación, para darle plena validez al traslado, porque la *«[...] firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado»* (CSJ SL1688-2019, reiterada en la CSJ SL1741-2021, donde se rememoran las sentencias CSJ SL1452-2019, CSJ SL1421-2019, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL19447-2017).

Frente al reparo formulado por Colpensiones según el cual para la fecha en que el demandante llevó a cabo el traslado al RAIS no le era exigible a Porvenir S.A. suministrar la información con el detalle que se requiere, la Sala indica que no está llamado a prosperar, pues además de lo expuesto por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia CSJ SL1055-2022, citada previamente, lo cierto es que desde el año 1993, se consagró la obligación en cabeza de las administradoras de fondo de pensiones de informar de manera integral y suficiente a los afiliados del sistema, para que estos pudiesen escoger el régimen pensional que les

resulte más favorable, conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 -posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003- y el párrafo del artículo 18 del Decreto 656 de 1994. Este último, textualmente establece: «*PARAGRAFO. Los informes sobre modalidades de pensión que suministren las administradoras a los afiliados deberán contener los datos necesarios y suficientes sobre las alternativas existentes, de tal forma que permitan a los afiliados tomar decisiones que consulten sus mejores intereses.*»

Bajo el anterior contexto, resulta claro que las administradoras de pensiones, no cumplieron con el deber de información suficiente, clara, comprensible y oportuna sobre las características de los dos regímenes pensionales y las consecuencias que implicaba el retirarse del RPM al que se encontraba afiliado, carga probatoria que a ellas les correspondía como se tiene adoctrinado por nuestro máximo órgano de cierre (CSJ SL1565-2022, CSJ SL1055-2022, CSJ, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4426-2019, CSJ SL4806-2020 y CSJ SL4062-2021); en consecuencia, como ello no se acreditó, conduce a que **el traslado se torne ineficaz**, como acertadamente lo concluyó el juez de primer grado, por lo que habrá de confirmarse su decisión en lo relativo a este punto.

En lo que respecta a la devolución de los **gastos de administración, las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia** y demás emolumentos, cuya ausencia de orden de reintegro fue el objeto del recurso formulado por Colpensiones, cabe reseñar que le asiste razón al apoderado, en tanto la figura jurídica de la ineficacia del traslado, supone que el mismo nunca ocurrió; es decir, debe entenderse que no existió el cambio al sistema privado de pensiones, lo que conduce a retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, como si el acto jurídico no hubiese existido, como efectos *ex tunc* (desde siempre). Bajo ese horizonte, resulta totalmente válido, que se disponga que las AFP privadas, trasladen a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, gastos de administración, primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, entre otros, con cargo a sus propias utilidades, tal y como lo ha admitido la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, pudiéndose traer a colación la sentencia CSJ SL1467-2021, en la que adoctrinó:

[...] en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al RAIS, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.

Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado 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 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 SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJ SL2877-2020 y CSJ SL4811-2020). (Subrayadas fuera del texto original).

En similar sentido, en providencia CSJ SL1795-2017, reiterada en la CSJ SL4025-2021, entre muchas otras, se asentó:

*La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, **sumas adicionales de la aseguradora**, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.*

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.

Cabe agregar, que por vía jurisprudencial se ha aceptado que los fondos de pensiones también deben devolver a Colpensiones las «*primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos*» (CSJ SL1055-2022, entre muchas otras). Al respecto, se avizora que, conforme lo expuso Colpensiones en su recurso de alzada el a quo no ordenó la devolución completa de los anteriores valores ni la respectiva indexación.

Por lo tanto, se hace necesario **Modificar y Adicionar** el numeral tercero de la sentencia de primer grado, en el sentido de CONDENAR a la AFP Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones y esta a su vez a recibir por parte de aquella, las cotizaciones recibidas en su integridad, los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, y los rendimientos con las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, más los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., y demás rubros que posea la demandante en su cuenta de ahorro individual, toda vez que el a quo omitió ordenar en su totalidad la devolución de los mismos, como lo dispone la sentencia en cita, pues como se dijo, estos hacen parte de la cuenta de la demandante y con ellos es claro, que habrá de financiarse las prestaciones a que haya lugar por parte de Colpensiones.

Dichos valores deben ser indexados, como quiera que por el transcurso del tiempo, han sufrido pérdida del valor adquisitivo, no siendo viable que Colpensiones deba asumir

esta; de otro lado, pese a que la cuenta de ahorro individual de la actora generó rendimientos, ellos no compensan la devaluación que se pretende proteger con la indexación.

Lo anterior, no genera ningún detrimento ni un desequilibrio para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, dado que, la ineficacia del traslado de régimen de la demandante implica, como ya se dijo, la devolución de todos los dineros por ella aportados al RAIS más sus rendimientos, frutos e intereses que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de esta 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 (CSJ SL 4911-2019), de modo que se despachará desfavorablemente el recurso que sobre este punto formuló Colpensiones.

PRESCRIPCIÓN

En cuanto a la excepción de prescripción que propusieron las demandadas, esta Sala ha manifestado reiteradamente que la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible porque se trata de un estado jurídico que no está sujeto a aquel fenómeno extintivo, a diferencia de lo que sucede con los derechos de crédito (CSJ SL1688-2019, reiterada en CSJ SL4360-2019).

Frente a las demás excepciones propuestas por la parte pasiva, se declararán no probadas como quiera que la ineficacia del traslado salió avante.

COSTAS DE PRIMERA INSTANCIA

En lo que respecta al recurso formulado por Colpensiones, encaminado a que se revoque la condena en costas de primera instancia en su contra por no haber participado en el acto de traslado, advierte esta Sala que no le asiste razón. De conformidad con el numeral 1 del artículo 365 del Código General del Proceso aplicable en materia laboral por remisión del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, se debe condenar en costas a la parte vencida en el proceso, que en este caso además Porvenir, fue Colpensiones en tanto ninguna de las excepciones por ella formuladas en sede de primera instancia prosperó. Por lo expuesto, se despachará desfavorablemente tal reparo.

COSTAS

Respecto de las costas de esta instancia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del CGP, se imponen a cargo de Colpensiones, como quiera que no prosperó el recurso formulado.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR Y MODIFICAR EL NUMERAL TERCERO de la sentencia proferida por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en el sentido de **CONDENAR** a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** a pagar con su propio patrimonio y trasladar a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**, las cotizaciones recibidas en su integridad, los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los aportes al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, y los rendimientos con las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, más los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., debidamente indexados. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

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

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**.


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

AUTO PONENTE:

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de Colpensiones, la suma de \$1.160.000.



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

República de Colombia



Libertad y Orden

**Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL**

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	110013105023202100119-01
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	LEONARDO FABIO MARBELLO DITTA
DEMANDANDO	BRINKS DE COLOMBIA S.A.

En Bogotá D. C. a los Treinta y uno (31) días del mes de octubre de dos mil veintitrés (2023), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA:

ANTECEDENTES

Pretende el señor Leonardo Fabio Marbello Ditta se **declare** que la suspensión del contrato de trabajo entre el 4 de mayo y el 3 de julio de 2020, fue ilegal y en consecuencia no tuvo efecto alguno, por lo que debe ordenar el pago de salarios, prestaciones sociales legales y extralegales y demás conceptos laborales dejados de percibir durante ese lapso, la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del CST, o en subsidio la indexación; que se condene a la demandada al pago de perjuicios morales por 125 SMMLV, a la indexación sobre los conceptos que no generen mora y a las costas del proceso.

Como hechos fundamento de las pretensiones (archivo 02 carpeta 1ª inst, exp digital), señaló que ingresó a laborar para la Brinks de Colombia S.A., mediante contrato a término indefinido desde el 25 de octubre de 2007, hasta el 15 de octubre de 2020, data en que le terminaron el contrato de forma unilateral con justa causa; que se desempeñó como escolta; que su última asignación salarial fue de \$1.544.170; que se encontraba afiliado a la organización sindical Sintrabrinks; que su empleadora de forma unilateral le suspendió el contrato entre el 4 de mayo y el 3 de julio de 2020, momento para el cual era padre cabeza de familia y padecía varias patologías diagnosticadas; que dicha suspensión no tenía soporte en las normas laborales vigentes y la pandemia por Covid 19 no constituía una fuerza mayor que justificara esa medida.

Narró que, la demandada no informó ni pidió permiso al Ministerio del Trabajo para suspenderle el contrato de trabajo ni agotó las medidas necesarias para evitar esa medida; que interpuso acción de tutela y en segunda instancia se ordenó el pago de salarios y prestaciones sociales por el tiempo que estuvo suspendido el contrato de trabajo en forma transitoria; que no se ha acatado la orden emitida por el juez constitucional; que no se avizora buena fe de la pasiva; que los ingresos económicos eran necesarios para cubrir las necesidades de su familia y las propias.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

la Brinks de Colombia S.A., contestó la demanda (archivo 07 carpeta 1ª inst, exp digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó la forma de vinculación, los extremos temporales, que inicialmente desempeñó el cargo de escolta y desde febrero de 2009 el de Jefe de Tripulación; que la vinculación finalizó porque el actor fue renuente a presentarse a laborar; que era afiliado a la organización sindical y el valor de la última asignación salarial; que suspendió el contrato en las fechas referidas, con fundamento en la Resolución 385 del 12 de marzo de 2020, expedida por el Ministerio de Salud y la Protección Social, mediante la cual se decretó la emergencia sanitaria, el fallo de tutela, la orden allí impartida y que pagó los salarios y prestaciones dejadas de percibir por él durante la suspensión.

Aclaró que, la suspensión del contrato de trabajo se dio porque la emergencia sanitaria producida por el Covid 19, generó una desaceleración económica y una crisis financiera, la que se reflejó en la sede de Villavicencio que pasó de tener una operación aproximada de 2904 paradas¹ en febrero a tan solo 1511 paradas en abril, es decir, que la operación se redujo en un 48%, lo que conllevó a suspender algunos contratos de trabajo por fuerza mayor.

Formuló como excepciones previas, las de inepta demanda y pleito pendiente; y de fondo, las que denominó inepta demanda, del objeto social de la demandada, de la fuerza mayor para suspender los contratos de manera unilateral, de la excesiva capacidad instalada, suspensión laboral avalada por el Ministerio del Trabajo, del reconocimiento de un pago extralegal como garantía del mínimo vital durante la suspensión del contrato, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe y lealtad, temeridad y mala fe y la genérica.

En audiencia de que trata el artículo 77 del CPTSS celebrada el 24 de noviembre de 2021, en la etapa de decisión de excepciones previas propuestas, el apoderado de la parte pasiva desistió de las planteadas.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 09 de diciembre de 2021, resolvió absolver a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra, y condenó en costas al actor.

El a quo indicó que, en este asunto no estaba en discusión que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido ejecutado entre el 25 de octubre de 2007, y el 15 de octubre de 2020; que el mismo se suspendió por dos meses a partir del

¹ Parada significa la realización de uno o más puntos de servicio de recolección y/o entrega de valores o aprovisionamiento de cajeros automáticos, por ejemplo una ruta puede hacer una sola parada en el centro comercial Unicentro para realizar servicio de recolección de dinero en Bancolombia, recolección de dinero en Colpatria, recolección de dinero en Cine Colombia, aprovisionamiento de cajeros de Davivienda, aprovisionamiento de cajeros de BBVA, entrega de dinero a Av Villas y entrega de dinero a Popular.

04 de mayo de 2020; que la controversia giraba en torno a la legalidad de esa suspensión y el consecuente pago de salarios y prestaciones legales y extralegales durante ese lapso, asunto en el que se centraría.

Sostuvo que, en el expediente obraba comunicación de fecha 4 de mayo de 2020 suscrita por la demandada y dirigida al actor, mediante la cual informó la decisión de suspender unilateralmente el contrato de trabajo por fuerza mayor a partir del día siguiente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 51 del CST, ello en razón a la emergencia social ocasionada por el Covid 19 la cual había generado una merma en la operación.

Citó los artículos 51 del CTS y 64 del CC, y las sentencias CC T-195 de 2019, CC T-271 de 2016, sobre la fuerza mayor y el caso fortuito, para concluir que en este asunto se configuraba una situación de fuerza mayor que impidió la ejecución del contrato del actor, pues estaban presente los requisitos de imprevisibilidad, irresistibilidad e inimputabilidad, ello porque a través del Decreto 457 del 22 de marzo de 2020, se ordenó el aislamiento los habitantes de la República de Colombia a partir del 25/03/2020, y hasta el 13/04/2020, la cual se prorrogó mediante los Decretos 531, 593, 636, 749, y 990 todos del 2020, este último vigente mientras el contrato de trabajo del actor estuvo suspendido.

Explicó que, dadas las decisiones adoptadas por el Gobierno Nacional la empresa demandada no pudo ejecutar la actividad económica de manera normal, dado que su objeto social corresponde a la prestación de servicios de protección, custodia, vigilancia, recaudo, transporte, almacenamiento, preparación y manipulación de todo tipo de valores; que derivado de ello la labor para la que había sido contratado el promotor del litigio también se vio afectada, tal como daban cuenta los testigos de la pasiva.

Consideró que, había ocurrido una situación impredecible, dado que conforme se indicó en los decretos de emergencia emitidos desde el 11 de marzo de 2020, la Organización Mundial de la Salud declaró el brote de la enfermedad por coronavirus COVID-19 como una pandemia y a partir de ese momento se adoptaron medidas con el

fin de prevenir y controlar la propagación del COVID, tratándose entonces de una situación que no se encontraba prevista y contemplada que llegase a suceder.

Refirió que, también se había configurado una situación irresistible, pues dado el objeto social de la empresa, la orden de aislamiento dispuesta por el Gobierno nacional conllevó a que no pudiese ejecutarse la actividad económica de forma normal, la cual le generó consecuencias adversas como la reducción de ingresos y además llevó a la entidad que tuviera que adoptar algunas medidas como disminución de los salarios, licencias remuneradas, tal y como lo mencionó el testigo Julián Rodrigo Millán. Agregó que, además se trataba de una situación no imputable a la empresa, que no fue generada por ella, sino que derivó exclusivamente de decisiones que debió adoptar el Gobierno Nacional para combatir el coronavirus y precisamente el artículo 64 del CC traía como ejemplo de fuerza mayor los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público.

Expuso que, se encontraba acreditado que la demandada el 6 de mayo de 2020, había comunicado al Ministerio del Trabajo la suspensión de algunos contratos de trabajo, entre ellos el del actor, entidad que realizó un informe el 18 de junio de igual año, para comprobar las circunstancias que el empleador consideró constitutivas de fuerza mayor y con base en las cuales suspendió el contrato de trabajo del demandante, determinando que la demandada sí había demostrado que su actividad económica estaba afectada, que evaluó y adoptó alternativas viables con el objeto de proteger el empleo y que se encontraba en riesgo de estabilidad financiera, que había pagado cotizaciones al sistema de seguridad social y que no había realizado suspensión de actividades o clausura temporal de la empresa y gestionó medidas ofrecidas por el Estado.

Frente al pago de salarios y prestaciones durante los dos meses que estuvo suspendido el contrato, indicó que no había lugar a ello, porque conforme el artículo 51 del CST para el empleado se suspende la obligación de prestar el servicio y para el patrono la de pagar salarios, cesantías y vacaciones durante ese lapso; por ende, absolvería a la pasiva de las pretensiones de la demanda.

Sostuvo que, verificaría el pago de la prima de servicios y de los intereses a las cesantías durante esos dos (2) meses, teniendo como último salario la suma de \$1.544.170, por lo que debió pagarse por esos dos conceptos la suma de \$262.508, y la demandada canceló \$307.368, por lo que no existía suma pendiente de pago.

Explicó que, absolvería la demandada del pago de perjuicios morales reclamados en la suma de 125 SMMLV dado que determinó que la suspensión del contrato de trabajo del actor se encontraba ajustada a la normativa legal vigente para la materia.

Frente a la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del CST, señaló que la prima de servicios e intereses a las cesantías las cuales se pagaron hasta el 3 de marzo de 2021, y debían cancelarse a la finalización del contrato, pero como esta no era de aplicación inmediata, sino que debía analizarse la conducta del empleador, en este asunto se evidenciaba la buena fe de la pasiva porque su omisión en el pago se debía a la convicción de que el contrato del actor se encontraba suspendido por esos dos (2) meses.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante interpuso recurso de apelación, argumentando que no estaba de acuerdo con que la suspensión del contrato se hubiese declarado como legal debido al aislamiento obligatorio ordenado por el Gobierno Nacional, porque la actividad desarrollada por la empleadora conforme su objeto social quedó exceptuada o excluida de esa medida conforme el Decreto 457 del 22 de marzo de 2022, y sus prórrogas. Agregó que, dicha actividad está amarrada al consumo de bienes y servicios que continuaron prestándose pese al aislamiento obligatorio, siendo ese uno de los sectores menos afectados con la medida referida.

Sostuvo que, el hecho de que hubiese disminuido la operación, no tenía porque afectar a los trabajadores, pues este era un riesgo operativo que debía asumir únicamente el empleador; y que en gracia de discusión al proceso no se trajo una prueba

técnica que demuestre dicha disminución operativa, pues el fallo de instancia se sustentó en unos testigos que son trabajadores de la demandada y los cuales no son imparciales porque a ellos les interesa que el resultado de este proceso sea absolutorio, por ende, con su dicho no podía darse por acreditada una fuerza mayor.

Frente al asunto de la notificación al Ministerio de Trabajo de la suspensión del contrato de trabajo del actor, dijo que conforme la norma esta debía ser inmediatamente, lo que implicaba que el empleador debía hacerlo por lo menos de forma concomitante con la comunicación al trabajador, lo cual no fue así porque la misma se hizo a esa entidad cuando el contrato del promotor del litigio ya estaba suspendido; que estos argumentos eran suficientes para tener como ilegal la suspensión del contrato del señor Marbello y, en consecuencia, debió condenarse a la sanción moratoria reclamada.

De otro lado, consideró que debía accederse a los perjuicios morales, porque en efecto la suspensión del contrato era ilegal; que el hecho de que un trabajador que devenga menos de 3 SMMLV se quede sin su único ingreso, que es con el que suple sus necesidades y las de su núcleo familiar, es absolutamente gravoso porque lo empuja a la precariedad.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación formulado por la parte demandante.

En el presente asunto no es materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: *i)* que el señor Marbello laboró para la Brinks de Colombia S.A., mediante contrato de trabajo a término indefinido entre el 27 de octubre de 2007 y el 15 de octubre de 2020; *ii)* que el contrato de trabajo fue suspendido entre el 4 de mayo y el 3 de julio de 2020, lapso durante el cual se realizaron aportes a seguridad social integral y se le otorgó un bono no salarial de \$400.000; *iii)* que mediante sentencia de tutela del 20 de noviembre de 2020, el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Villavicencio ordenó a la empleadora que en el término de 48 horas, garantizara el pago de salarios y

prestaciones legales al actor por el tiempo de la suspensión del contrato; y **iv)** que la demandada el 3 de marzo de 2021, realizó el pago ordenado por la suma de \$3.498.158.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar: *i)* si la suspensión del contrato de trabajo del actor estaba justificada o si por el contrario fue ilegal; *ii)* si hay lugar a condenar a la demandada a la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del CST; y *iii)* si procede el reconocimiento de los perjuicios morales reclamados.

DE LA SUSPENSIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

Pretende la parte demandante se declare que la suspensión del contrato de trabajo entre el 4 de mayo y el 3 de julio de 2020, fue ilegal y en consecuencia no tuvo efecto alguno. Por su parte la pasiva alegó que dicha suspensión obedeció a una fuerza mayor originada en la afectación a su actividad económica -reducción en la operación- por las medidas tomadas por el Gobierno Nacional para combatir el Covid 19.

Conforme el numeral 1º del artículo 51 del CST, el empleador puede suspender el contrato de trabajo «*por fuerza mayor o caso fortuito que temporalmente impida su ejecución*», situación que interrumpe para el trabajador la obligación de prestar el servicio contratado, y para el empleador la de pagar los salarios de esos lapsos, quedando a su cargo el pago de la seguridad social integral. Dicho periodo se puede descontarse al liquidar las vacaciones, las cesantías, y la cuota parte de la cotización a seguridad social.

Sobre el numeral 1º del artículo 51 del CST, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia CSJ SL3238-2020, indicó:

Y sobre el tema relativo a la fuerza mayor como hecho eximente de responsabilidad contractual y extracontractual, se ha pronunciado esta Corporación en reiteradas oportunidades, verbigracia, en la sentencia CSJ, SL 29 may. 2002, rad. 17570, donde asentó:

Dado que la demanda se presentó en términos idénticos e igual argumentación a la que fuera estudiada recientemente en sentencia del 28 de noviembre de 2001, radicación No. 16595, en proceso contra la misma demandada, se remite la Sala a lo que sobre el entendimiento del concepto en cuestión expresó en esa oportunidad, en los siguientes términos:

“En primer término importa aclarar que el concepto de caso fortuito o fuerza mayor a que se refiere el Código Sustantivo del Trabajo en los artículos 51-1 y 466, no es original o especial sino el mismo que contempla la Ley 95 de 1890, art. 1º, así:

“Se llama fuerza mayor o caso fortuito el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los autos (sic) de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.”

“Consiguientemente, en materia laboral son aplicables los requisitos que en la jurisprudencia y doctrina generales se han exigido para la figura, como que sólo puede calificarse de caso fortuito o fuerza mayor el hecho que concurrentemente contemple los caracteres de imprevisible e irresistible e igualmente, que un acontecimiento determinado no puede catalogarse fatalmente, por sí mismo y por fuerza de su naturaleza específica, como constitutivo de fuerza mayor o caso fortuito, puesto que es indispensable, en cada caso o acontecimiento, analizar y ponderar todas las circunstancias que rodearon el hecho. (ver Sentencia de nov 20 de 1989 Sala de Casación Civil C.S.J. Gaceta Judicial 2435 Pág. 83).

“Igualmente se ha explicado que entre los elementos constitutivos de la fuerza mayor como hecho eximente de responsabilidad contractual y extracontractual figura la inimputabilidad, esto es que el hecho que se invoca como fuerza mayor o caso fortuito, no se derive en modo alguno de la conducta culpable del obligado, de su estado de culpa precedente o concomitante del hecho. Es decir que la existencia o no del hecho alegado como fuerza mayor, depende necesariamente de la circunstancia de si el deudor empleó o no la diligencia y cuidado debidos para prever ese hecho o para evitarlo, si fuere previsto y es menester, entonces, que en él no se encuentre relación alguna de causa a efecto con la conducta culpable del deudor. (ver Sentencia de noviembre 13 de 1962 Sala de Casación Civil C.S.J. Gaceta Judicial 2261, 2262, 2263 y 2264 Págs. 163 y ss.)

“Bajo estos supuestos doctrinales es claro que no le asiste razón al impugnador en su postura y que el ad-quem no incurrió en la interpretación errónea que se le atribuye.

“En efecto, en primer lugar debe aclararse que no todo acto de autoridad que impida la ejecución del contrato de trabajo, debe clasificarse automáticamente de caso fortuito o fuerza mayor que comporte su suspensión en los términos del artículo 51-1 del C.S.T, pues habrá que examinar las circunstancias de cada caso y podría darse, por ejemplo, que la decisión de autoridad sea consecuencia directa de una conducta culposa del empleador, evento en el cual mal podría entenderse suspendido el nexo, sino más bien ubicado en la situación del artículo 140 ibidem. De otra parte, no podría descartarse que la crisis económica de la empresa pueda generar la suspensión contractual por constituir caso fortuito, pero ello dependerá de que, conforme a las circunstancias del caso, se den los supuestos indispensables, y no pocas veces resultaría preferible que para éstas hipótesis en caso de duda el empresario que lo requiera acuda a la autoridad administrativa para obtener el permiso de clausura temporal o definitiva, desde luego, si se dan

los requisitos de procedencia de estas figuras alternativas.(C.S.T, arts 51-3 y 466).

Conforme lo anterior, se puede afirmar que: *i)* el caso fortuito o la fuerza mayor tienen como características que son imprevisibles, irresistibles, e inimputable al obligado; *ii)* no todo acto de autoridad que impida la ejecución del contrato de trabajo debe clasificarse automáticamente de caso fortuito o fuerza mayor que justifique la suspensión del contrato; y *iii)* la crisis económica de la empresa puede generar la suspensión contractual por constituir caso fortuito, siempre que se pruebe que esta fue imprevisible, irresistible, e inimputable al obligado.

Descendiendo al caso concreto, se tiene que la empresa Brinks de Colombia S.A., comunicó al demandante el 4 de mayo de 2020, la suspensión temporal del contrato de trabajo, así:

Estimado Leonardo Fabio:

A través de la presente comunicación, nos permitimos informarle que, en el marco del estado de emergencia sanitaria declarado por causa del COVID-19, como una medida tendiente a buscar el bienestar y con el compromiso de tratar de garantizar el empleo de los trabajadores a largo plazo, **BRINK'S DE COLOMBIA S.A.** (la "Compañía") se ve forzada a suspender unilateralmente su contrato de trabajo por fuerza mayor, a partir del día de mañana, 05 de mayo de 2020. Lo anterior, de conformidad con lo dispuesto por el numeral 1° del artículo 51 del Código Sustantivo del Trabajo.

Ante la declaratoria del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica ocasionada por el brote del virus COVID-19, las unidades económicas de explotación afectadas, incluyendo a la Compañía, han tenido que hacer frente a situaciones imprevistas e irresistibles, lo que significó entre otras, el confinamiento obligatorio para todos los habitantes, desencadenando ello en la desaceleración y afectación al comercio, al sector bancario y financiero, entre otros sectores de la economía, situación ampliamente conocida y difundida por todos los medios de comunicación a nivel global y local.

Como medidas excepcionales y de urgencia para contrarrestar los daños derivados de la Emergencia, la Compañía ha llevado a cabo varias acciones, teniendo en cuenta los lineamientos señalados por el Ministerio del Trabajo bajo las Circulares 21 y 33 de 2020. Particularmente, por estas situaciones externas, impredecibles e irresistibles, los volúmenes de operación se han reducido ostensiblemente en más de la mitad, lo que redundó en una desmesurada capacidad instalada, respecto a las solicitudes de servicio y operatividad que requieren los clientes con los que tenemos contratos comerciales suscritos, los cuales han llegado a congelarlos y/o cancelarlos, impactando negativamente las finanzas de la Compañía. Por ello, se han adoptado medidas buscando la viabilidad y sostenibilidad de la Compañía a través de trabajo en casa, teletrabajo, acuerdos de las partes respecto al salario, vacaciones anticipadas, entre otras; sin embargo, dada la situación de fuerza mayor ocasionada por el coronavirus, y la desaceleración económica, se hace necesario adoptar otras medidas que permitan la continuidad de la Compañía como fuente de empleo y sustento para los colaboradores.

A pesar de los esfuerzos llevados a cabo por la Compañía durante la emergencia, no es posible seguir asumiendo la operación en condiciones normales, por lo que, luego de haber analizadas todas las posibilidades, la Compañía ha tomado la decisión de suspender su contrato de trabajo por fuerza mayor. Esto, para efectos de procurar la subsistencia económica de la Compañía e intentar mantener la fuente de empleo de los colaboradores.

En consecuencia, durante este término se suspenderá su obligación de prestar los servicios para los cuales fue contratado y para la Compañía se suspenderá la obligación de pagar el salario

acordado. Igualmente, durante este término la Compañía continuará realizando los aportes obligatorios a su cargo a la Entidad Promotora de Salud y los aportes obligatorios al Sistema de Seguridad Social en pensiones, en los porcentajes que indica la ley. Los montos que deban ser asumidos por usted serán cubiertos al finalizar la suspensión, con un pago directo a la Compañía, y/o mediante un descuento de los ingresos a que usted tenga derecho al reanudar sus labores.

En todo caso, con el fin de mitigar el impacto económico de la suspensión del contrato de trabajo, durante el término de la suspensión la Compañía le otorgará por mera liberalidad y como un beneficio extralegal de naturaleza no salarial, un auxilio mensual de alimentación equivalente a medio salario mínimo legal mensual vigente.

Su contrato estará suspendido inicialmente entre día 04 de mayo de 2020 y el día 03 de julio de 2020, debiendo reintegrarse a sus labores el día siguiente a la finalización de la suspensión, esto es, el 04 de julio de 2020. Aclaramos que la suspensión podrá finalizar antes o podrá ser prorrogada, de conformidad con lo que le informe el empleador, pues permanecerá suspendido el contrato hasta que no se superen las circunstancias que impiden el normal desarrollo de las actividades contratadas y la economía del país se reactive, así como la necesidad del servicio, acorde con lo decretado por el Gobierno Nacional en las Resoluciones y Decretos expedidos que son de obligatorio cumplimiento.

Atentamente,

De la lectura de dicha misiva, se advierte que el empleador básicamente expuso que la suspensión del contrato de trabajo se daba en el marco del estado de emergencia sanitaria declarado por causa de la Covid 19, por la afectación a su unidad económica de explotación, dada la desaceleración y afectación al comercio, al sector bancario y financiero; que ejecutó acciones conforme los lineamientos dados por el Ministerio de Trabajo en las Circulares 21 y 33 de 2020, pero se hacía necesario adoptar otras medidas que permitieran la continuidad de la compañía, pues no era posible continuar asumiendo la operación en condiciones normales, y que después de haber analizado todas las posibilidades se decidió suspender el contrato de trabajo del actor por fuerza mayor.

Como bien lo señaló el juez de conocimiento, durante la crisis sanitaria ocasionada por la pandemia de la Covid 19, a nivel mundial, los diferentes gobiernos, adoptaron las medidas que consideraron idóneas para evitar la propagación de dicho virus, no siendo la excepción Colombia; fue así como en Colombia, el Gobierno Nacional junto con el Ministerio de Salud y Protección Social, declararon la emergencia sanitaria y se adoptaron medidas para prevenir y controlar la propagación del brote de la Covid 19, para tal efecto, expidieron la Resolución No. 385 de 2020, del 12 de marzo, por medio de la cual declaró el estado de emergencia económica, social y ecológica.

Bajo este panorama, la Sala entrará a verificar el material probatorio con el fin de determinar si la empleadora acreditó las causas por las cuales suspendió el contrato.

Para tal efecto, se empieza por advertir que la empleadora Brinks de Colombia S.A., tiene como objeto social:

*La prestación de servicios de protección, custodia, vigilancia, recaudo, transporte, almacenamiento, preparación, manipulación de **todo tipo de valores**; intercambio de moneda fraccionaria por billete y viceversa; servicios relacionados con peajes y la prestación de servicios conexos o complementarios a los antes mencionados, así como la prestación de servicios de recaudos de todo tipo de bienes y hacer o recibir pagos de cualquier naturaleza para entidades públicas y privadas. Para el cumplimiento de este objeto, la sociedad podrá (...).*

Igualmente se observa que, el actor desde febrero de 2009, ejercía el cargo de Jefe de tripulación del cual no se allegó perfil del cargo o documento donde se detallan las funciones de este; sin embargo, en el interrogatorio de parte realizado al demandante, este indicó que era Jefe de tripulación en la demandada que sus funciones eran hacer recogida en los clientes, llevar el monto sugerido a cada cliente conforme el acta de trabajo entregada, hacer la ruta ordenada, que los clientes eran entidades financieras y grandes comerciantes; que no entendió las razones por las cuales le suspendieron el contrato durante 2 meses; que la empresa continuó operando normalmente e incluso se realizaban horas extras, que después de la suspensión lo llamaron para que se presentara a trabajar, pero por su cuadro de hipertensión lo dejaron en casa con el pago de salarios y todo hasta 15 de octubre de 2020, data en que le terminaron el contrato; indicó que desde su casa no podía hacer su labor como jefe de tripulación; que recibía ingresos por arriendos de \$800.000; que la empresa durante la suspensión le dio un auxilio de \$400.000 por una sola vez; que también recibió la suma de \$3.498.158 el 03 de marzo de 2021, por una orden de tutela.

Conforme a lo declarado por el actor, sus funciones consistían en realizar una ruta establecida por su empleadora, en la que debía recolectar y/o entregar valores - dinero- o aprovisionamiento de cajeros automáticos en entidades financieras y grandes comerciantes.

Claro lo anterior, se tiene que el Decreto 457 de 2020, fue la primera medida adoptada en el territorio colombiano a fin de mitigar la expansión del Coronavirus COVID 19, ordenando el aislamiento preventivo desde el 25 de marzo hasta el 13 de abril de 2020, y en su artículo 3°, indicó que se permitiría el derecho de circulación de las personas en los siguientes casos o actividades:

[...]

3. Desplazamiento a servicios bancarios, financieros y de operadores de pago, y a servicios notariales.

[...]

26. La prestación de servicios bancarios y financieros, de operadores postales de pago, centrales de riesgo, transporte de valores y actividades notariales. (Negrillas fuera del texto original).

[...]

La anterior medida se prorrogó con los Decretos 531, 593, 636, 749, 990, 1076, 1168, 1297, 1408 y 1550, hasta el 16 de enero de 2021.

Así las cosas, evidencia esta Sala que la actividad económica desarrollada por la empleadora, fue de las pocas que tenían permiso para continuar con la prestación de sus servicios, y que el cargo desempeñado por el actor estaba ligado directamente a la labor servicio de transporte de valores, el cual no fue suspendido ni incluido dentro de la medida de aislamiento preventivo determinada por el Gobierno Nacional, por lo que este no podía ser un argumento válido para suspender el contrato de trabajo del señor Marbello.

También indicó la empresa que, había una afectación a su unidad económica de explotación, dada la desaceleración y afectación al comercio, al sector bancario y financiero; que ejecutó todas las acciones conforme los lineamientos dados por el Ministerio de Trabajo en las Circulares 21 y 33 de 2020; no obstante, se observa que **para probar esto**, el único documento que trajo al proceso fue el «*INFORME DE COMPROBACIÓN DE CIRCUNSTANCIAS DE FUERZA MAYOR O CASO FORTUITO* -

NUMERAL 2 ARTÍCULO 67 LEY 50 DE 1990» (f.º 57-60 archivo 07.1 carpeta 1ª inst, exp digital), en la cual se dejó la siguiente constancia:

CONSTANCIA:

En consideración a que la calificación jurídica de las circunstancias de fuerza mayor o caso fortuito que llevaron a la suspensión de los contratos de trabajo, es de competencia privativa de los jueces de la república, se deja constancia que lo consignado en el presente informe corresponde a la información suministrada por el empleador, que en aplicación del principio de buena fe, se presumen verídicos, sin perjuicio de las consecuencias legales que se puedan derivar por faltar a la verdad en los informes rendidos a esta territorial, así como de las acciones de inspección, vigilancia y control a que haya lugar.

En dicho informe se historió que la empleadora había suspendido dos contratos de trabajo, entre ellos, el del demandante, y se narró que:

- **La empresa manifiesta** que en la sede de Villavicencio se pasó de tener una operación aproximadamente 2904 paradas a 1511 donde la operación se redujo en un 48%, afectando por ende su actividad económica siendo necesario suspender dos contratos de trabajo por fuerza mayor.
- **La empresa** por medio del escrito del 13 de mayo **señaló** todas las medidas que había tomado de conformidad con las circulares 21 y 33 del Ministerio del Trabajo. Modalidad de trabajo, Vacaciones anuales, anticipadas y colectivas, Jornada laboral flexible, Acuerdo de cambio de condiciones laborales.
- Se evidencia en las planillas de aportes en seguridad social entregadas correspondientes a los meses de febrero, marzo y abril de 2020, adicional **la empresa informa** haber hecho un reconocimiento del auxilio de alimentación de las personas con suspensión de contrato reportadas que el empleador ha cumplido con esta obligación, es importante aclarar de acuerdo a lo manifestado por la empresa en su escrito no existe violación al debido proceso y al principio del non bis in ídem (impone por una parte la prohibición de que, por parte de la autoridades de un mismo orden y a través de procedimientos distintos, se sancione repetidamente una misma conducta), toda vez que el proceso realizado no corresponde a dicha circunstancia pues ha sido únicamente solicitud de información con el fin de cumplir con una de nuestra funciones que es la de expedir el respectivo informe de constatación para este caso de fuerza mayor o caso fortuito previo a la notificación o aviso dado por ustedes.
- **La empresa manifestó** en su escrito de fecha 6 de mayo de 2020, que el motivo de suspensión de contrato obedece a dispuestos en el No. 1 del artículo 51 del Código Sustantivo del Trabajo. La Compañía actualmente se encuentra operando y por lo tanto, no ha optado por la suspensión temporal de las actividades.
- **La empresa manifiesta** que se postuló al Programa de Apoyo al Empleo Formal (PAEF) en el mes de mayo de 2020, teniendo en cuenta que ha tenido una reducción de sus ingresos en más del 20%, de acuerdo con las reglas establecidas en la Resolución 1129 de 2020 y los lineamientos del Ministerio de Hacienda.

Se adjunta anexo el reporte de la fecha desde la cual se suspendió el contrato o contratos, los centros de trabajo donde laboran los trabajadores objeto de la medida, tipos de contrato, forma en que se les comunicó la suspensión. (Negritas y subrayado fuera del texto original)

Tal y como se evidencia de lo transcrito, este informe se fundó simplemente en lo que la empresa manifestó, señaló e informó, pero nada se dijo en cuanto a que se hubiese allegado por parte de la empleadora pruebas tendientes a demostrar que su operación había tenido una reducción del 48% en la sede de Villavicencio, o que esa oficina del Ministerio del Trabajo hubiese comprobado dicha situación; es más, en la constancia se plasmó que lo registrado en ese informe correspondía a la información suministrada por la empresa, en aplicación del principio de buena fe; por lo tanto, dicho informe no puede en manera alguna constituir plena prueba de la reducción en la operación, ni que se hubiesen ejecutado acciones conforme los lineamientos dados por el Ministerio de Trabajo en las Circulares 21 y 33 de 2020, ello en virtud de no tener un soporte probatorio que así lo acredite.

Además, dentro de la constancia del «*INFORME DE COMPROBACIÓN DE CIRCUNSTANCIAS DE FUERZA MAYOR O CASO FORTUITO -NUMERAL 2 ARTÍCULO 67 LEY 50 DE 1990*», se indicó con claridad que la competencia para la calificación jurídica de las circunstancias de fuerza mayor que permiten la suspensión del contrato de trabajo es exclusiva de los jueces de la República; por ende, es en este proceso donde se debía traer todas las pruebas tendientes a acreditar la situación que presuntamente generó la fuerza mayor alegada.

En este orden, sin desconocer que para el 2020, en virtud de la pandemia de la Covid 19, en el ámbito laboral de nuestro país se dieron unas circunstancias de fuerza mayor y/o caso fortuito que afectaron el normal desarrollo de los contratos de trabajo, no puede perderse de vista que dada la actividad económica de la convocada a juicio, las resoluciones emitidas por el Gobierno Nacional le permitió de manera excepcional seguir ejerciendo la misma, por lo que correspondía a la accionada acreditar las situación fáctica por ella alegada y que dio lugar a la suspensión del vínculo laboral; sin embargo, en el informativo brilla por su ausencia prueba documental que demuestre la presunta reducción en la operación y que al actor se le hubiese ofrecido antes de

suspender su contrato de trabajo vacaciones anuales y/o anticipadas, una jornada laboral flexible, o algún acuerdo para el cambio en las condiciones laborales, razón por la cual, tal situación no puede darse por acreditada en este proceso con el mero informe del Ministerio del Trabajo al que se ha hecho mención en precedencia, por cuanto este tampoco se fundó en elementos de convicción de dieran cuenta de la real situación de la accionada.

Adicionalmente, debe recordarse que la Brinks de Colombia S.A., ya había presentado estos mismos argumentos ante el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Villavicencio, dentro de la acción de tutela 50001400300820200023100, en la que mediante fallo del 20 de noviembre de 2020, se indicó:

Se debe mencionar que la pandemia causada por el COVID-19 es un hecho notorio y del orden nacional, y aunque no se ha catalogado aun como un hecho de fuerza mayor o caso fortuito, no se debe olvidar el impacto que ha causado en ciertos sectores de la economía, haciendo que el Gobierno Nacional tome medidas para permitir el desarrollo de ciertas actividades catalogadas como de primera necesidad. Debe resaltarse lo mencionado con anterioridad, de que el Ministerio de Trabajo no tiene competencia para definir la existencia o no de fuerza mayor o caso fortuito, ya que esto implica la valoración particular de las condiciones de la empresa, las cuales deben ser determinadas por un Juez de conformidad a lo normado en el Código Sustantivo del Trabajo.

Dentro de las circulares externas 22 de 19 de marzo de 2020 y 27 de 29 de marzo del mismo año, emitidas por el Ministerio del Trabajo, tuvo en cuenta lineamientos y recomendaciones dadas por la Organización Mundial del Trabajo, con el fin de proteger a los trabajadores, estimular la economía y mantener los puestos de trabajo que estuviesen en riesgo a consecuencia de las medidas tomadas por los gobiernos. En el contenido de las mismas, no se evidencia que se haya autorizado a los empleadores que realicen suspensiones de contratos de trabajo, despidos colectivos u otras acciones que pongan en riesgo y menoscaben los derechos fundamentales de los trabajadores.

Se debe mencionar que aunque el empleador mencionó que agotó las posibilidades que pensó pertinentes, no se evidencia que haya dado aplicación a otras medidas que se plantearon en los diferentes decretos emanados por el Gobierno Nacional, tales como el trabajo por horas, con el fin de poder mantener los empleos de sus trabajadores y efectuar el pago oportuno de los salarios y prestaciones sociales a que tiene derecho, hasta que los efectos causados por la emergencia económica y social cesen, esto con el fin de evitar una crisis socio económica en el país que se podría causar por el aumento del desempleo.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, se deberá amparar los derechos fundamentales de estos dos accionantes de manera transitoria.

(...)

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el fallo de tutela de tres (03) de junio de 2020, proferido por el Juzgado Octavo Civil Municipal de Villavicencio, y por lo tanto dispone **AMPARAR** como mecanismo transitorio los derechos fundamentales al mínimo vital, vida en condiciones dignas y trabajo en condiciones dignas de LEONARDO FABIO MARBELLO DITTA y EDGAR GIOVANNY CHALA MUÑOZ.

SEGUNDO: ORDENAR a la empresa BRINKS DE COLOMBIA S.A que, dentro de las 48 horas siguientes contadas a partir de la notificación del fallo de tutela, realice los trámites administrativos correspondientes para garantizar el pago oportuno del salario y prestaciones legales a que tengan lugar los señores LEONARDO FABIO MARBELLO DITTA y EDGAR GIOVANNY CHALA MUÑOZ, por el tiempo de suspensión del contrato.

Acorde con lo anterior, el juez constitucional le advirtió a la empleadora que: **i)** la competencia para definir la existencia o no de fuerza mayor o caso fortuito, era de los jueces de la República, porque ello implicaba una valoración particular de las condiciones de la empresa, es decir, que era en esta instancia que debía probar la situación imprevisible, irresistible, e inimputable a esta que alegaba como fuerza mayor; **ii)** las circulares externas 22 de 19 de marzo de 2020 y 27 de 29 de marzo del mismo año, emitidas por el Ministerio del Trabajo no autorizaron la suspensión de contrato de trabajo ni despidos colectivos; y **iii)** no había probado que hubiese aplicado otras medidas con el fin de mantener el empleo, tales como trabajo por horas.

En este orden, la demandada tenía claro conforme lo señalado tanto por el Ministerio del Trabajo como por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Villavicencio, que en este proceso tenía la carga de probar las condiciones de la empresa que alegaba como fuerza mayor y que había tomado todas las medidas necesarias para no suspender el contrato de trabajo del promotor del litigio, lo que como ya se indicó brilla por su ausencia en este asunto.

De otra parte, el 24 de noviembre de 2021, se escucharon los testimonios de los señores Julián Rodrigo Millán y Miguel Ángel Sierra Santos, ambos trabajadores de la Brinks de Colombia S.A. El primero de ellos informó que, lleva 9 años con la empresa, que es era el jefe de administración y control operativo, que no conocía al actor, pero que sabía que se le había suspendido el contrato por dos meses debido a los efectos de la Covid 19, por la desaceleración económica puntualmente en la sede de Villavicencio; que en ese lapso no se le pagaron salarios ni prestaciones, solo un bono

de ½ SMMLV por cada mes de suspensión, pero que por una orden de tutela pagó los salarios y prestaciones sociales de esos 2 meses; que el actor era Jefe de tripulación en Villavicencio; que sus funciones no podían ejercerse bajo la modalidad de trabajo en casa o teletrabajo; que para mitigar los efectos de la pandemia el personal administrativo trabajo a medio salario, se dieron licencias no remuneradas, se adelantaron vacaciones.

El segundo testigo, manifestó que era el Gerente regional centro de la demandada; que conoce al promotor del litigio porque laboró en Villavicencio sede que estaba bajo su responsabilidad; que cada tripulación estaba conformada por tres hombres, sostuvo que la suspensión del contrato de trabajo se dio porque debido a la Covid 19, se vieron en la obligación de reducir la fuerza de trabajo, porque las paradas en esa sede se redujeron en un 48%; que tenían más o menos 20 trabajadores allí, de los cuales le suspendieron el contrato a 3 personas; que desafortunadamente tuvieron que cerrar la sede de Villavicencio *«creo que mayo del año pasado aproximadamente en mayo, abril del año pasado»*.

Respecto de estas dos declaraciones, se tiene que el primero de ellos dio fe de que a raíz de la Covid 19 se dio una desaceleración económica puntualmente en la sede de Villavicencio y que la empresa había tomado medidas para mantener los empleos; y el segundo, afirmó que en la sede de Villavicencio se había reducido la operación en un 48%; que de los 20 trabajadores habían suspendido el contrato a tres y que la sede fue cerrada en abril o mayo del año pasado, es decir, 2020 si tenemos en cuenta que el testimonio se rindió en noviembre de 2021; sin embargo, analizadas dichas declaraciones a la luz del artículo 61 del CPTSS, no resultan ser suficientes para dar por acreditado que efectivamente la operación se hubiese reducido en ese porcentaje y que al señor Marbello se le hubiesen ofrecido alternativas antes de ser suspendido su contrato de trabajo, porque esta prueba no es contundente y pertinente para dar por demostrada tales circunstancias, dado que el primer asunto es bastante técnico, por lo que requiere además de la comprobación de esas cifras a través de documentos o experticios donde se evidencien las mismas, máxime cuando se advierte que la empleadora fue de las pocas empresas que pese al aislamiento pudo continuar

prestando sus servicios, y el otro, sencillamente los testigos no dieron fe de las propuestas que se le hicieron al actor a fin de evitar la suspensión del contrato.

En este mismo sentido, y no menos importante, debe señalarse que el testimonio del señor Miguel Ángel Sierra Santos contiene unas inconsistencias que no permiten que su versión sea tenida como cierta, pues afirmó que se suspendió el contrato de tres (3) trabajadores; sin embargo, en el expediente existe prueba de que al Ministerio del Trabajo solo informó de esa situación respecto de dos (2) empleados; y la otra, es que refiere que la sede de Villavicencio se cerró en abril o mayo de 2020, lo cual no es cierto porque la suspensión del contrato del promotor del litigio se dio entre el 4 de mayo y el 3 de julio de 2020, y el mismo finalizó el 15 de octubre de igual año, lo que implicaba que por lo menos para esas fechas la sede estaba funcionando, lo que le resta credibilidad a su versión.

De otro lado, se tiene que conforme el artículo 67 de la Ley 50 de 1990 que modificó el artículo 40 del Decreto Ley 2351 de 1965, en los casos de *«suspensión de los contratos de trabajo por fuerza mayor o caso fortuito, el empleador debe dar inmediato aviso al inspector del trabajo del lugar o en su defecto a la primera autoridad política, a fin de que se compruebe esa circunstancia»*, lo anterior implica que la empresa Brinks de Colombia S.A., una vez tomó la decisión de suspender el contrato de trabajo del actor debió notificar ello al Ministerio del Trabajo justo antes o por lo menos de forma concomitante con la comunicación que se le hizo al señor Marbello.

No obstante lo anterior, en caso bajo examen se evidencia que el contrato fue suspendido desde el 04 de mayo de 2020, y la notificación al Ministerio del Trabajo se realizó el 06 de igual calenda; es decir, dos días después de estar suspendida la relación laboral, lo que indica que no se dio cumplimiento estricto a la norma referida.

En conclusión, ante la orfandad de material probatorio, se revocará la decisión de primera instancia, para en su lugar declarar que la suspensión del contrato de trabajo del demandante, entre el 04 de mayo y el 03 de julio de 2020, no se dio bajo los parámetros del numeral 1° del artículo 51 del CST, por ende, es ilegal.

DE LA INDEMNIZACIÓN MORATORIA ARTÍCULO 65 DEL CST

Acorde con los hechos indiscutido se tiene que los salarios y prestaciones causados entre el 4 de mayo y el 3 de julio de 2020, se pagaron el 3 de marzo de 2021, por la suma de \$3.498.158, en cumplimiento de una orden de tutela emitida el 20 de noviembre de 2020 por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Villavicencio.

Respecto de esta indemnización, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia de manera reiterada y pacífica a sostenido que no son de aplicación automática e inexorable, sino que debe analizarse en cada caso en particular el actuar del empleador a fin de determinar si este estuvo desprovisto o no de la buena fe que debe regir por regla general en los contratos de trabajo. (CSJ SL053-2018, CSJ SL4515-2020).

Conforme a lo expuesto, le corresponde al juez en cada caso, observar la conducta del empleador, con el fin de determinar si este a la finalización del contrato de trabajo quedó adeudando al trabajador salarios y/o prestaciones sociales con alguna justificación o no, si esas razones son plausibles, para eximirse el empleador del pago de la referida sanción moratoria. Al respecto, la demandada argumentó que NO pagó salarios ni prestaciones durante los dos meses de suspensión del contrato al actor, porque esta se fundó en una fuerza mayor y a que el Ministerio del Trabajo avaló la misma.

Para la Sala estos argumentos no son de recibo, de un lado, porque tal y como quedó evidenciado, la empleadora no trajo pruebas que acreditaran la presunta fuerza mayor que alegó; y de otro, porque la orden de tutela fue clara al indicar que el pago de los salarios y prestaciones causados entre el 4 de mayo y el 3 de julio de 2020, debía hacerse dentro de las **48 horas** siguientes contadas a partir de la notificación de ese fallo de tutela; es decir, que se dio un plazo perentorio dentro del cual la Brinks de Colombia tenía que acatar la decisión; no obstante, solo lo hizo hasta el 3 de marzo de 2021, desatendiendo el término señalado en la referida sentencia.

Cabe recordar que la notificación del fallo referido se realizó el 20 de noviembre de 2020, según la página Web de la Rama Judicial.

En consecuencia, en este asunto en particular no se evidencia un actuar provisto de buena fe, ya que la empresa nunca dejó de prestar sus servicios, no probó que hubiese estado inmersa en situaciones de fuerza mayor, y pese a que desde el 20 de noviembre de 2020, se le ordenó realizar el pago no lo hizo dentro del término otorgado para ello, sino hasta el 3 de marzo de 2021, esto sin ofrecer justificación alguna. Así las cosas, se revocará la decisión de primera instancia en este sentido y se ordenará el pago de la indemnización moratoria desde la fecha de terminación del contrato de trabajo, data cuando se causó o se hizo exigible el pago de las prestaciones sociales, hasta el día de su pago, tomando como salario mensual la suma de \$1.544.170, conforme la siguiente liquidación.

DESDE	HASTA	DÍAS	SALARIO DÍA	TOTAL
16/10/2020	03/03/2021	137	\$51.472,33	\$7.051.709,21

Dicha suma, deberá ser indexada a partir del 4 de marzo de 2021, hasta cuando se haga el pago efectivo.

DE LOS PERJUICIOS MORALES

En este caso, el demandante suplicó el pago de los perjuicios morales causados por la suspensión de su contrato de trabajo por dos meses, afirmando en los hechos de la demanda que sufrió un gran impacto emocional al verse privado del ingreso mensual para sustentar a su núcleo familiar en plena pandemia obligándolo a la caridad de amigos y vecinos durante ese tiempo.

Al respecto, debe recordarse que estos perjuicios están supeditados a su comprobación, lo cual en este asunto no se logró, como quiera que se fundaron en la falta de ingreso económico durante ese lapso; sin embargo, es un hecho indiscutido que el actor recibió un bono no salarial de \$400.000, sumado a que en el interrogatorio de

parte confesó que recibía ingresos por arriendos de \$800.000, luego si bien se vio privado de su salario por dos meses, no está probado que ello lo hubiese empujado a una precariedad como se afirma en el recurso de apelación, ni que le hubiese generado un sufrimiento o dolor al promotor del litigio, máxime que después del 3 de julio de 2020, cuando finalizó la suspensión de su contrato continuó en su casa sin prestar el servicio, pero con el pago total de su salario.

Así las cosas, se confirmará la decisión de primera instancia en este punto.

COSTAS

Sin costas en esta instancia como quiera que el recurso de apelación prosperó conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del CGP. Las de primera instancia estarán a cargo de la demandada.

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR parcialmente la sentencia apelada, proferida por el Juzgado veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar, declarar que la suspensión del contrato de trabajo del señor Leonardo Fabio Marbello Ditta, entre el 4 de mayo y el 3 de julio de 2020, no se dio bajo los parámetros del numeral 1° del artículo 51 del CST, por ende, es ilegal.

SEGUNDO: CONDENAR a la empresa **BRINKS DE COLOMBIA S.A.**, a pagar al señor **LEONARDO FABIO MARBELLO DITTA** la suma de **\$7.051.709,21** por concepto de indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del CST, por el periodo comprendido entre el 16 de octubre de 2020 y el 3 de marzo de 2021. A partir del 4 de marzo de 2021, la demandada deberá pagar la indexación de esa suma de dinero hasta la fecha efectiva de pago.

TERCERO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia apelada, proferida por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones anteriormente expuestas.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera instancia estarán a cargo de la demandada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

República de Colombia



Libertad y Orden

**Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL**

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	11001310503120200023001
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	RUTH ESTELLA NARVÁEZ
DEMANDADO	INDUSTRIAS INCA S.A.S.

En Bogotá D. C. a los treinta y un (31) días del mes de octubre de dos mil veintitrés (2023), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA:

ANTECEDENTES

Pretende la señora **Ruth Estella Narváez** se **declare** que entre ella y la empresa **INCA S.A.S.** existió un contrato de trabajo que terminó de manera unilateral y sin justa causa por parte de la empleadora, el 24 de enero de 2018 y que la liquidación de sus prestaciones sociales no incluyó todos los factores salariales que le eran pagados durante la vigencia de la relación laboral, como quiera que para tal efecto se había tomado como base un salario de \$442.800, cuando en realidad su ingreso era de \$1.474.425. Como consecuencia de lo anterior, solicita se **condene** a la sociedad demandada a la indemnización por despido sin justa causa, a las diferencias salariales por concepto de prima de servicios, cesantías y vacaciones y a la sanción moratoria prevista en el artículo 65 del CST, así como a lo que resulte probado ultra y extra petita y costas del proceso.

Como hechos fundamento de las pretensiones (f° 03 - 17 archivo 007, carpeta 1ª inst. exp. digital), señaló en síntesis, que el 11 de febrero de 2015, concertó con la demandada contrato de trabajo a término fijo de un mes, para desempeñar el cargo de Gerente de Zona en la Ciudad de Medellín, cuya modalidad fue modificada de mutuo acuerdo a término indefinido, el 10 de junio de 2015; que el 12 de enero de 2018 le fue notificada la iniciación de proceso disciplinario en su contra, con fundamento en un

supuesto incumplimiento del contrato por no haber alcanzado el porcentaje de las ventas durante las campañas 2017-17, 2017-18 y 2018-01; que el 15 de enero de 2018, de manera escrita le había explicado a la demandada las diferentes variables que se presentaban en el trabajo que desempeñaba para la empresa.

Agregó que, la convocada nunca le notificó el resultado de la investigación disciplinaria para ejercer su derecho de contradicción, ni le permitió interponer recurso alguno contra el veredicto final; que el 24 de enero de 2018, el extremo pasivo dio por terminado el contrato de trabajo alegando justa causa, pero nunca se le informó cuáles fueron los motivos que invocaba la empleadora para el efecto; que dentro de sus funciones debía impulsar ventas por catálogo, cobro de cartera, mantenimiento del grupo de asesoras de venta directa, búsqueda de nuevas vendedoras, realización de conferencias de ventas y conferencias de cambios, todo ello, teniendo como contraprestación la asignación básica de \$1.300.000, suma que presentó variaciones de acuerdo con el promedio de ventas y otros estímulos que la empresa le entregaba, de suerte que el último salario ascendió a la suma de \$1.476.000; que tal valor no fue tenido en cuenta para realizar la liquidación final del vínculo laboral, pues para ello se aplicó la suma de \$442.800, que ni siquiera era igual al salario mínimo legal mensual vigente.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La sociedad **INDUSTRIAS INCA S.A.S.** contestó (f° 50 a 63, archivo 1, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que la sociedad el 24 de enero de 2018, dio por terminado el contrato de trabajo con la demandante alegando una justa causa y procedió a liquidar y pagar las prestaciones sociales y que en efecto existió una relación laboral. Frente a los restantes supuestos fácticos, dijo no eran ciertos.

Como excepciones de mérito, propuso las de incumplimiento de contrato, cobro de lo debido, inexistencia de las obligaciones que se pretenden deducir en juicio a cargo de la demanda, prescripción, compensación y las demás que el Juzgado encuentre probadas.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Uno del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 12 de mayo de 2020 (archivos 0024 y 0025, carpeta 1ª inst. exp. digital), resolvió:

PRIMERO: Absolver de la totalidad de las pretensiones incoadas por la demandante RUTH ESTELLA NARVAEZ, a la demandada INDUSTRIAS INCA S.A.S.

SEGUNDO: Condenar al pago de costas y agencias en derecho a la demandante, en cuantía de medio Salario Mínimo Legal Mensual Vigente.

TERCERO: Como quiera que el resultado la presente sentencia es adversa a las pretensiones de la demandante se concede el Grado Jurisdiccional de Consulta, en el evento que la sentencia no sea apelada.

Para fundamentar su decisión, sostuvo que en este caso debía determinarse cuál era el vínculo jurídico que unía a las partes; que al respecto, los artículos 22 y 23 del CST determinaban lo que debía entenderse por contrato de trabajo y cuáles eran sus elementos esenciales; que al examinar las pruebas obrantes en el plenario se observaba documento contentivo de un contrato de trabajo a término fijo de un mes, con fecha del 11 de febrero de 2015, suscrito entre la actora en calidad de trabajadora e Industrias Inca S.A.S., en calidad de empleadora; que también se encontraba un otrosí del mentado contrato de fecha 10 de junio de 2015, del que se desprendía que la relación laboral pasó a la modalidad de término indefinido.

Agregó que, se allegó un escrito del 24 de enero de 2018, por medio del cual la parte demandada empleadora había dado por terminado el contrato de trabajo a la demandante, sobre el cual consta la firma de esta última; que conforme al principio de la carga de la prueba le correspondía a la demandante acreditar la terminación y al empleador la causal alegada; que en este caso, la sociedad demandada era la que había demostrado la terminación de la relación laboral, pues fue ella la que aportó la carta de finalización.

Resaltó que, la carta determinaba como causal de terminación el grave e injustificado incumplimiento de las obligaciones contractuales correspondientes a las metas pactadas durante tres períodos consecutivos; que al respecto, la demandante, cuando se le preguntó si existió incumplimiento de las metas en las campañas 2017-17, 2017-18 y 2018-1, contestó que en efecto no las había cumplido; que también había aceptado que tenía conocimiento sobre que debía atender los estimativos de ventas en las campañas asignadas; que sabía que el incumplimiento de las metas en tres o más campañas generaba la terminación del contrato de trabajo; aceptó que se le habían pagado las cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios y salarios, pero aclarando que se había liquidado sobre un total diferente.

Respecto de los testimonios, refirió que compareció la señora María Lucía Gonzales, quien de manera clara y coincidente indicó que no tenía conocimiento de las razones que llevaron a la terminación de contrato laboral, pero que sí conocía que la demandante no había cumplido los objetivos fijados por la empleadora; que también se había escuchado la declaración del señor John Rodríguez que refirió que sabía que la

terminación del contrato de trabajo de la actora había ocurrido debido a que ella había incumplido el porcentaje del cumplimiento de ventas y que no se le adeudaba valor alguno.

Con base en lo expuesto, el *a quo* mencionó que efectivamente en este caso la actora incumplió las metas de ventas en las campañas 17-2017, 18-2017 y 1-2018, por lo que se tendría que entrar a esclarecer si ese incumplimiento, constituyó o no una causal para dar por terminado el contrato de trabajo; al respecto consideró que la cláusula 14 del mentado contrato contenía la expresa obligación de dar estricto y permanente cumplimiento a las metas de ventas por campaña que fijara la empresa y la inobservancia recurrente por parte del trabajador de tales metas se consideraría una falta grave y sería causal de terminación contractual con justa; que se previó también que entendía por incumplimiento recurrente cuando por tres campañas consecutivas, el trabajador presentaba una ejecución inferior al 90% del valor de las ventas. De lo expuesto concluyó que la causal aducida en la carta de terminación del contrato de trabajo realmente existió y que, contrario a lo indicado por la actora en la demanda, la relación laboral no se había dado como resultado de una investigación disciplinaria en la que la demandante no hubiese podido ejercer el derecho de contradicción.

Adujo que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en reiterada jurisprudencia, ha indicado que el despido no corresponde a una sanción disciplinaria y que solo de manera excepcional, tiene un carácter de sancionatorio cuando así lo preveían los instrumentos que regulaban la relación laboral, entre ellos, el contrato de trabajo, el Reglamento Interno de Trabajo o las convenciones colectivas y que, por ende, no existía obligación de seguir el trámite que se utilizaba para la aplicación de sanciones disciplinarias.

En efecto, el *a quo* procedió a revisar si en el caso que nos ocupa conforme al RIT o cualquier otro elemento, se había previsto el despido como sanción disciplinaria, respecto de lo cual determinó que en la cláusula 11 del RIT se establecían las justas causas para terminar el contrato de trabajo sin hacer referencia a algún procedimiento para tal efecto. Resaltó además que al revisar los artículos 49 y siguientes en ninguno se mencionaba que el despido correspondiera a una sanción disciplinaria y que, por el contrario, en las sanciones enunciadas en el artículo 50 del RIT, no se le contemplaba como tal, por lo que concluyó que en este caso debía seguirse la regla general consistente en que el despido no correspondía una sanción disciplinaria, por lo que no era necesario que el empleador siguiera algún procedimiento para realizar el despido.

Sostuvo que, lo anterior no obstaba para que al trabajador se le diera la oportunidad de ser oído; al respecto refirió que la Corte Constitucional en sentencia SU 449/2020, con fundamento en la dignidad humana, estableció que la terminación unilateral del contrato laboral debía garantizar al trabajador de manera previa al despido el ser oído para proteger sus derechos a la honra y al buen nombre, junto con las demás subreglas: (i) debía existir una relación temporal de cercanía o inmediatez, o un término prudencial entre la ocurrencia o conocimiento de los hechos y la decisión de dar por terminado el contrato; (ii) la decisión sobre la terminación unilateral del contrato de trabajo solo se podía sustentar en una de las justas causas, expresa y taxativamente, previstas en la ley; (iii) comunicar al trabajador las razones y los motivos concretos, claros y específicos que justifican la decisión de terminar el contrato; (iv) observar los procesos previamente establecidos en la convención o pacto colectivo, en el reglamento interno, en un laudo arbitral o en el contrato individual de trabajo, siempre que en ellos se establecieran algún trámite o procedimiento específico para dar fin al vínculo contractual; (v) acreditar el cumplimiento de las exigencias propias y específicas de cada causal de terminación y (vi) garantizar al trabajador el respeto debido como sujeto de la relación laboral, es decir, el derecho a ser escuchado y a no ser menospreciado por el empleador, antes de que éste ejerciera su potestad unilateral de terminación.

Con base en lo expuesto, adujo que el despido del 24 de enero de 2018, cumplió con las reglas previstas por la Corte Constitucional, como quiera que las causas que dieron origen a la terminación del contrato laboral ocurrieron a finales del 2017 inicios del 2018 y contrato se terminó el 24 de enero de 2018, de manera que existió oportunidad; que se había sustentado en una justa causa que fue el incumplimiento del contrato de trabajo; que el empleador le informó de manera clara a la demandante las causales que motivaron la decisión; que no existía un procedimiento que debía seguir la empleadora, como quiera que el despido no era una sanción disciplinaria; que se le dio la oportunidad de explicar los motivos y la actora reconoció que incumplió las metas, de ahí que resultara claro que el despido fue con justa causa y que no hubiese lugar a reconocer indemnización alguna por este concepto.

Frente a la reliquidación de las prestaciones sociales, refirió que la misma actora confesó en su interrogatorio que todo le fue cancelado a la terminación del contrato de trabajo y que el testigo John Rodríguez ratificó tal asunto, por lo que debía concluirse que a la demandante no se le adeudaba suma alguna y que en consecuencia se debía absolver a la demandada de todas las pretensiones de la demanda.

CONSULTA

Contra la decisión del Juzgador, ninguna de las partes interpuso recurso, por lo que en virtud de lo previsto en el inciso segundo del artículo 69 del CPTSS, se entra a resolver el grado jurisdiccional de consulta a favor de la demandante, como quiera que la sentencia de primera instancia le fue totalmente adversa.

CONSIDERACIONES

La Sala resolverá el grado jurisdiccional de consulta en favor de la trabajadora demandante, acorde con lo establecido en el artículo 69 del CPTSS.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a lo expuesto en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar si resulta procedente declarar injusto el despido realizado el 24 de enero de 2018, por la presunta violación del debido proceso y en tal virtud si debe condenarse a la llamada a juicio a la indemnización por despido sin justa causa. Igualmente, deberá analizar la Sala si hay lugar a condenar a la demandada a la reliquidación de las prestaciones sociales y vacaciones pagadas a la terminación del contrato de trabajo.

En el presente asunto no son materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: **i)** que la señora Ruth Estella Narváez suscribió contrato de trabajo con la sociedad Industrias Inca S.A.S., el cual estuvo vigente entre el 11 de febrero de 2015, y el 24 de enero de 2018, para ocupar el cargo de Gerente Apoyo; **ii)** que la modalidad contractual pactada entre las partes para el periodo comprendido entre el 11 de febrero de 2015, y el 09 de junio de 2015, fue la de contrato de trabajo a término fijo por un mes (f°30 – 34, archivo 007, carpeta 1ª inst. exp. digital); **iii)** que, por acuerdo entre las partes, el contrato de trabajo cambió su modalidad a término indefinido a través de la firma de un otrosí a partir del 10 de junio de 2015 (f°30 – 34, archivo 007, carpeta 1ª inst. exp. digital); **iv)** que la sociedad demandada el día 12 de enero de 2018, remitió una carta a la trabajadora en la que informaba acerca del incumplimiento de las metas fijadas, le indicaba que en virtud de lo pactado en el contrato de trabajo ello daría lugar a la terminación con justa causa de la relación laboral y le otorgaba la oportunidad de exponer argumentos y aportar pruebas (f°58, archivo 014, carpeta 1ª inst. exp. digital); **v)** que la señora Ruth Estella Narváez dio respuesta a la carta precitada a través de escrito del 15 de enero de 2018 (f°60, archivo 014, carpeta 1ª inst. exp. Digital y **vi)** que el día 24 de enero de 2018, la empresa Industrias Inca S.A.S. decidió terminar el contrato de trabajo de la demandante, invocando justa causa (f°64, archivo 014, carpeta 1ª inst. exp. digital).

DE LA TERMINACION DEL CONTRATO DE TRABAJO

Decantado lo anterior, se debe señalar que en el escrito de demanda la parte actora sostiene que su despido fue injusto debido a que existió violación del debido proceso.

Con la finalidad de desarrollar el asunto puesto a consideración de esta Sala de Decisión, sea lo primero reseñar que la decisión de dar por terminado el contrato de trabajo sin justa causa por parte de la empresa, no tiene un carácter sancionatorio o disciplinario, tal y como se ha venido reseñando en las innumerables sentencias de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en las CSJ SL 3691-2016, CSJ SL 2351-2020 y SL496-2021; sin embargo, ello no es óbice para que la decisión de despido desconozca los procedimientos descritos en el Reglamento Interno de Trabajo, o los concertados entre empleador y trabajador en pactos, convenciones colectivas o en contratos de trabajos. Sobre el particular, la máxima Corporación de la jurisdicción ordinaria en materia laboral, en sentencia CSJ SL496-2021, indicó:

En relación con lo anterior, la Corporación ha sido enfática en sostener que el despido no es una sanción disciplinaria y, por consiguiente, para su imposición no hay obligación de seguir el trámite que se utiliza para la aplicación de la misma, salvo que las partes lo hayan pactado expresamente como, por ejemplo, en el contrato de trabajo, convención colectiva, o pacto colectivo. (CSJ SL 2351-2020).

*Desde otro horizonte, no se desconoce por parte de la Corte y así ha precisado el precedente de la Sala de Casación Laboral, que el debido proceso constituye un derecho que en principio, presupone la existencia de un procedimiento judicial o administrativo, **y que en tratándose de la terminación del contrato con justa causa por parte del empleador, la vulneración del derecho al debido proceso se puede predicar, por regla general, en el evento de que dentro de la empresa se haya previsto expresamente un procedimiento para despedir** (CSJ SL2351-2020).*

[...]

En este orden de ideas, es claro que conforme las reglas jurisprudenciales precisadas por la Corporación, el despido no tiene una función ni un carácter sancionatorio o disciplinario, pues se trata de un recurso legítimo al alcance del empleador, sujeto al marco y a los límites legales y constitucionales, y que en todo caso no está exento del cumplimiento del derecho del debido proceso y defensa en la medida que presuponga un procedimiento judicial o administrativo previos. (Subrayado y negrillas del despacho).

En igual sentido, la alta Corporación en la sentencia SL17404-2014 expresó:

*La postura del Colegiado de segundo grado coincide con lo que la jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido durante décadas, en cuanto a que el despido no tiene naturaleza sancionatoria y por tanto no debe seguirse el procedimiento previo, entre otras en decisión de 15 de febrero de 2011, radicado 39394 se explicó: **«la Corte ha precisado que la naturaleza del despido no es la de una sanción, por lo que para adoptar una decisión de esta índole el empleador, salvo convenio en contrario, no está obligado por ley a seguir un procedimiento de orden disciplinario; así se dijo, por ejemplo, en las sentencias del 10 de agosto de 2000, radicación, febrero 19 de 2002, radicación 17453 y julio 25 de 2002, radicación 17976, entre otras».***

Tal postura ha sido reiterada, entre otras en sentencia de 7 de noviembre de 2012, radicado 34374, en la que se memoraron otras, y así se discurió:

“El razonamiento consistente en que para despedir al trabajador cuando se invocan como justa causa de terminación del contrato de trabajo por parte del patrono, las consagradas en los numerales 5° y 6° del artículo 7° del Decreto 2351 de 1965, no se requiere agotar un procedimiento previo resulta atinada, y no contraría la recta hermenéutica de dicho precepto.

En varias oportunidades ha señalado la Sala que el despido no se asimila a una sanción disciplinaria, y que el agotamiento imperativo de un trámite previo sólo se exige legalmente con arreglo al artículo 115 del Código Sustantivo del Trabajo para la imposición de sanciones disciplinarias, no estando previsto legalmente tal procedimiento cuando se trata de una decisión de despido, el cual podrá reclamarse cuando se hubiera establecido en una convención, laudo, reglamento o cualquier otro estatuto interno. En casos de despido lo único que consagra la ley, es la obligación de cumplir el preaviso para ciertas justas causas, dentro de las cuales no se encuentran las invocadas en el sub lite.” (negrilla y subrayado fuera del texto original).

Ahora bien, frente a la obligación de escuchar al trabajador previo a que el empleador finalice el contrato de trabajo con fundamento en las justas causas contempladas en el artículo 62 del C.S.T., la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en la sentencia CSJ SL679-2021, puntualizó:

*En orden con lo acabado de decir, esta Sala considera oportuno fijar el nuevo criterio de que la obligación de escuchar al trabajador previamente a ser despedido con justa causa como garantía del derecho de defensa es claramente exigible de cara a la causal 3) literal A del artículo 62 del CST, en concordancia con la sentencia de exequibilidad condicionada CC C-299-98. De igual manera, frente a las causales contenidas en los numerales 9° al 15° del art. 62 del CST, en concordancia con el inciso de dicha norma que exige al empleador dar aviso al trabajador con no menos de 15 días de anticipación. **Respecto de las demás causales del citado precepto, será exigible según las circunstancias fácticas que configuran la causal invocada por el empleador. En todo caso, la referida obligación de escuchar al trabajador se puede cumplir de cualquier forma,** salvo que en la empresa sea obligatorio seguir un procedimiento previamente establecido y cumplir con el preaviso con 15 días de anticipación frente a las causales de los numerales 9° al 15°.* (Subrayas y negrillas fuera del texto original).

Aunado a lo expuesto, cabe precisar que de vieja data la Corte Suprema de Justicia ha determinado que, bajo el principio de la carga de la prueba, le atañe al ex trabajador demostrar el supuesto del despido y al empleador demandado la justeza para finalizarlo en virtud del artículo 167 del C.G.P. y párrafo del art. 62 del CST.

Dilucidado lo anterior, deberá entonces entrar a analizar la Sala **(i)** si en este caso ocurrió el despido; **(ii)** si en el contrato de trabajo, en el Reglamento Interno o en Convención o Pacto se estableció algún procedimiento especial para adelantarlos, evento en el cual se examinará si se observó; **(iii)** si el motivo alegado por el empleador para dar por terminada la relación laboral de manera unilateral correspondía a una causal pactada

entre las partes o prevista en la Ley; y **(iv)** si los supuestos de hechos del caso permiten concluir que se configuró tal causal.

Pues bien, sea lo primero indicar que, pese a que la actora no aportó prueba del despido cuya legalidad cuestiona, lo cierto es que la empleadora demandada allegó documento del 24 de enero de 2018 (f° 64 archivo 013 1era. Instancia – expediente digital), que contiene, entre otros asuntos, la notificación de la terminación unilateral de la relación laboral junto con la firma de la trabajadora, por lo que resulta evidente que el despido sí ocurrió.

De otro lado, obra en el plenario contrato de trabajo concertado entre la demandante y la sociedad llamada a juicio, junto con el Reglamento Interno de Trabajo, documentos en los que **no se avizora que se hubiese contemplado algún procedimiento especial para la comprobación de hechos o circunstancias que dan lugar al fenecimiento del contrato de trabajo con justa causa y tampoco se allegó convención o pacto colectivo que demostrara algo diferente, lo que de entrada lleva a determinar a la Sala que, en este caso, el empleador no debía seguir procedimiento especial alguno para adelantar el despido**, determinación que se atempera con la jurisprudencia precitada de la Corte Suprema de Justicia de Sala Casación Laboral.

Claro lo anterior, entra la Corporación a esclarecer si la terminación unilateral realizada por Industrias Inca S.A.S. correspondió a una justa causa prevista en el contrato de trabajo, en el Reglamento Interno de Trabajo o en la legislación laboral, situación que, conforme se dijo, le corresponde acreditar a la demandada. Pues bien, obra en el expediente carta de despido del 24 de enero de 2018, en la que se notificó a la trabajadora de la terminación unilateral del vínculo laboral por parte del empleador, quien para el efecto adujo:

Por medio de la presente se te comunica la decisión que ha tomado la Empresa, en el sentido de dar por terminado tu contrato de trabajo, con justa causa, a partir de la fecha con fundamento en los siguientes graves hechos:

Dentro de las obligaciones a tu cargo como Gerente de Zona 506 se encuentra la de realizar personalmente y de la manera en que te fue estipulada la labor asignada, tal y como lo contempla el artículo 58 numeral 1 del Código Sustantivo del Trabajo, así como evitar incurrir en expresas prohibiciones contenidas en tu contrato de trabajo tales como:

“El incumplimiento recurrente por parte del trabajador de las metas por campaña establecidas por la empresa para el valor de la venta, se considera falta grave y será causal de terminación contractual con justa causa imputable al trabajador. Se entiende por incumplimiento recurrente cuando durante tres campañas consecutivas el trabajador presente una ejecución inferior al 90% en el valor de la venta”

Prohibición en la que incurriste, incumpliendo con tu obligación de mantener el porcentaje de ventas que te fueron comunicadas previamente para cada campaña de forma oportuna

por la compañía, como lo admites en las respuestas emitidas en fecha del 15 de Enero de 2018.

Expuesto lo anterior, la Compañía pudo determinar que pese a que la meta de cumplimiento de venta te fue dada a conocer, y a su turno aceptada por tí, de manera grave, injustificable y omitiendo la obligación contractual como Gerente de Zona de la Empresa, no alcanzaste el porcentaje mínimo de cumplimiento de ventas en tres campañas consecutivas, las cuales fueron inferiores al 90%, obteniendo el cierre de la campaña 2017-17, un porcentaje de cumplimiento del 82,3%, para la campaña 2017-18 fue del 82,8% y en la campaña 2018-01 del 78,0%.

[...]

Dentro de las explicaciones suministradas por ti en respuestas dadas a través de escrito del 15 de Enero de 2018, reconoces y eres consciente expresamente haber incumplido la meta de venta, sin embargo, no indicaste las razones de tus incumplimientos, ni el fundamento de tu grave omisión.

Teniendo además en consideración que las metas de ventas para las campañas 2017-17, 2017-18 y 2018-01 fueron debidamente públicas en sistema, tal y como lo aceptas en las explicaciones aportadas a la compañía, evidenciándose a que pese a que te fueron informadas oportunamente las metas de ventas que debías cumplir para cada campaña faltaste a una de tus principales obligaciones contractuales durante 3 campañas consecutivas.

[...]

Por constituir todo lo anterior una violación expresa de puntuales y claras obligaciones y prohibiciones contractuales, legales y reglamentarias no dejan alternativa distinta que dar por terminado el contrato de trabajo en la forma como se está comunicando, dando aplicación a lo establecido en los Artículos 58, 60, 61 y 62 del Código Sustantivo del Trabajo, de acuerdo a lo consagrado en el Reglamento Interno de Trabajo de la Compañía y con arreglo a lo pactado en tu contrato de trabajo.

En este punto, cabe recordar que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, de larga data ha establecido que cuando las partes de una relación laboral consagran en sus documentos regulatorios (contrato de trabajo, RIT, Convenios o Convenciones), las conductas que se califican como faltas graves para terminar el contrato de trabajo, no le es permitido al juzgador desconocer tal previsión o evaluar la gravedad de la conducta cuando se compruebe su configuración; así se ha previsto desde la sentencia CSJ SL. 31 enero 1991 rad. 4005, reiterada en la providencia CSJ SL499-2013, donde se dijo:

*En cuanto al segundo aspecto contemplado por el numeral transcrito, es palmario que la calificación de la gravedad de la falta corresponde a los pactos, convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos en los que se estipulan esas infracciones con dicho calificativo. **Por ello, cualquier incumplimiento que se establezca en aquellos, implica una violación de lo dispuesto en esos actos, que sí se califica en ellos de grave, constituye causa justa para fenecer el contrato, no puede, entonces, el juez unipersonal o colegiado entrar de nuevo a declarar la gravedad o no de esa falta.** Lo debe hacer, necesariamente, cuando la omisión imputada, sea la violación de las obligaciones especiales y prohibiciones a que se refieren los mencionados artículos 58 y 60 del C.S. T., Lo anterior, ha sido el criterio reiterado y uniforme de la Corte Suprema de Justicia, plasmado en múltiples fallos, tales como el del 18 de septiembre de 1973; 23 de octubre de 1979; 23 de octubre de 1987 y 16 de noviembre de 1988.[...] Lo importante es que el asalariado incurrió en una de las faltas*

calificadas de graves por el contrato de trabajo, sin importar si ella produjo daño o beneficio para la entidad patronal. (Negrilla y subrayado fuera del texto original).

Igualmente, en la sentencia CSJ SL339-2023, dicha Corporación ratificó: «Se recuerda que, como se ha definido jurisprudencialmente, es permitido que las partes del contrato de trabajo acuerden que determinadas faltas se consideren graves, al punto que sea descrita como justa causa de despido, calificación que el juez no puede desconocer».

Así las cosas, resulta ahora pertinente determinar si la causal de terminación alegada correspondiente a «[...]el incumplimiento recurrente por parte del trabajador de las metas por campaña establecidas por la empresa para el valor de la venta [...]» fue pactada como justa causa para dar por terminada la relación laboral de manera unilateral por el empleador, y de igual manera, si se acordó que ello constituía una falta grave; al respecto se observa en la cláusula décima cuarta del contrato de trabajo (f°28 – 30, archivo 007, carpeta 1ª inst. exp. digital):

DECIMA CUARTA: Metas de Ventas.

El trabajador acepta conocer la expresa obligación de su cargo en el sentido de dar estricto y permanente cumplimiento a las metas de venta por campaña que fije la empresa.

De acuerdo a lo anterior, se pacta expresamente que el incumplimiento recurrente por parte del trabajador de las metas por campaña establecidas por la empresa para el valor de la venta, se considera falta grave y será causal de terminación contractual con justa causa imputable al trabajador.

Se entiende por incumplimiento recurrente cuando durante tres campañas consecutivas el trabajador presente una ejecución inferior al 90% en el valor de la venta.

Igualmente se considera falta grave y justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo, el decrecimiento del promedio de venta por campaña durante dos o más periodos de evaluación consecutivos (periodos de 6 campañas).

De los documentos examinados, se colige que la actora se encontraba compelida a cumplir por lo menos el 90% de las metas de ventas fijadas y que la causal alegada por el empleador en la carta del 24 de enero de 2018, correspondió a una justa causa pactada por las partes para finalizar la relación laboral. Claro este asunto, debe ahora esta Corporación comprobar si concurrieron los supuestos de hecho para entender configurada la mentada causal, para lo cual se analizarán los interrogatorios rendidos por las partes, las pruebas documentales obrantes en el plenario y los testimonios practicados.

Es así como del interrogatorio de parte de la actora se extrae que aceptó que al concertar el contrato de trabajo se había obligado a dar cumplimiento a los presupuestos de venta para cada campaña asignada; que no se le hicieron llamados de atención previo a la terminación del contrato, ni le hicieron un seguimiento o retroalimentación. Asimismo, cuando se le preguntó «Diga como es cierto sí o no que en las respuestas dadas por usted a esa comunicación mencionada en mi pregunta anterior, usted indica que era consciente de no haber cumplido la deuda en las campañas 2017-17, 2017-18 y 2018-01», ella indicó: «Sí claro,

obviamente como les decía, soy consciente de eso porque obviamente no las cumplí porque lo que le digo, el histórico siempre de ventas es que en esas campañas uno siempre declina, y lo puede mirar en el histórico de la compañía, en las gráficas reales de la compañía. Entonces, esas campañas no es(sic) para medir a una gerente de zona».

Por su parte la representante legal de Industrias Inca S.A.S. refirió que a la demandante se le entregó la carta de despido el 24 de enero de 2018; que en ella se le mencionó la razón por la cual se terminó su contrato de trabajo, esto es, por haber incumplido su obligación de alcanzar la meta de ventas por 3 campañas; además, indicó que la compañía no realizó diligencia de descargos, porque la demandante se encontraba lejos de la sede, pero que le hicieron un requerimiento solicitándole explicaciones de manera escrita, a lo cual aquella respondió a través de escrito del 15 de enero de la misma data.

Ahora, como prueba documental obra carta remitida por la empresa demandada a la actora de fecha 12 de enero de 2018 (f°57-58 archivo 014, carpeta 1ª inst. exp. digital), en la que se evidencia que se le expuso a la trabajadora la situación de incumplimiento de las metas fijadas y se anexó un histórico del porcentaje de cumplimiento (f°62 archivo 014, carpeta 1ª inst. exp. digital), documento del que se desprende que la trabajadora no había logrado alcanzar el 90% de la meta fijada en las últimas 7 campañas, a saber:

Campana	Vent.Linea	Faltante	Vta Recep	Estimados	Cumpl Vta
201610	35.425.071	5.309.561	40.734.632	42.435.000	96,0%
201611	30.956.383	5.498.533	36.454.916	42.849.000	85,1%
201612	34.135.783	10.569.456	44.705.239	44.400.000	100,7%
201613	33.182.095	7.572.523	40.754.618	47.216.000	86,3%
201614	30.390.534	8.049.820	38.440.354	43.702.400	88,0%
201615	30.693.399	9.516.465	40.209.864	43.702.400	92,0%
201616	30.886.163	5.692.169	36.578.332	43.860.000	83,4%
201617	35.574.023	6.482.172	42.056.195	44.238.000	95,1%
201618	34.021.397	3.867.584	37.888.981	43.228.000	87,6%
201619	25.466.139	2.235.082	27.701.221	34.592.000	80,1%
201701	26.720.426	2.166.152	28.886.578	31.450.000	91,8%
201702	29.836.473	1.530.355	31.366.828	42.212.000	74,3%
201703	35.070.612	1.618.310	36.688.922	55.289.685	66,4%
201704	32.070.503	3.186.313	35.256.816	45.453.674	77,6%
201705	39.768.108	5.727.666	45.495.774	45.277.497	100,5%
201706	33.476.007	2.010.022	35.486.029	51.153.000	69,4%
201707	37.170.339	1.901.365	39.071.704	52.186.000	74,9%
201708	34.107.914	3.773.026	37.880.940	44.081.700	85,9%
201709	35.975.119	4.281.658	40.256.777	43.974.000	91,5%
201710	34.833.035	3.009.597	37.842.632	42.436.800	89,2%
201711	39.543.605	2.720.671	42.264.276	46.254.080	91,4%
201712	34.088.459	3.411.959	37.500.418	49.822.200	75,3%
201713	39.817.026	2.716.437	42.533.463	48.707.200	87,3%
201714	39.154.978	1.775.666	40.930.644	49.971.600	81,9%
201715	41.218.642	2.994.236	44.212.878	51.267.160	86,2%
201716	42.975.797	3.390.838	46.366.635	55.429.920	83,6%
201717	43.273.413	1.966.710	45.240.123	57.321.000	78,9%
201718	43.983.458	3.787.921	47.771.379	57.859.620	82,6%
201801	29.926.382	3.772.799	33.699.181	40.814.800	82,6%

Adicionalmente, cabe resaltar que en la mantada carta se le solicitó a la demandante que diera respuesta a las siguientes preguntas y presentara las pruebas que a bien tuviera sobre el particular, en los siguientes términos:

Solicitamos por tanto, nos envíes respuesta a las siguientes preguntas, también puedes presentar las pruebas que consideres necesarias, con todo lo anterior, estamos garantizando el ejercicio de defensa, debido proceso y contradicción.

1. ¿Qué cargo desempeñas en la compañía?
2. ¿Cuáles son las funciones y responsabilidades de tu cargo?
3. ¿Eres consciente que una de las obligaciones de tu cargo es dar estricto y permanente cumplimiento a las metas de venta por campaña que fije la empresa?
4. ¿Eres consciente que has incumplido con la meta de venta en tres campañas consecutivas correspondientes a 2017-17: 82.3%, 2017-18: 82.8% y 2018-01: 78.0%, ya que el porcentaje alcanzado ha sido inferior al 90%?
5. ¿Eres consciente que los estimados de venta para campañas 2017-17, 2017-18 y 2018-01 se publicaron en el sistema para que los pudieras consultar?
6. ¿Eres consciente que con el incumplimiento de meta de venta estas afectando enormemente a la compañía?

Obra en el plenario también escrito contentivo de las respuestas dadas por la demandante (f°60 archivo 014, carpeta 1ª inst. exp. digital), a los interrogantes planteados, a saber:

Respuestas a las preguntas:

- 1: Desempeño el cargo de gerente de zona.
- 2: Responsabilidades de mi cargo cumplir con el presupuesto que pide la compañía, crecer en pedidos campaña tras campaña, gerenciar la zona, estar diligente al crecimiento de la zona.
- 3: soy consciente que debo dar cumplimiento a la venta.
- 4: sí soy consciente.
- 5: sí es veraz que los estimados de venta se publican en sistema.
- 6: soy consciente que no he cumplido la venta en campaña 201717,201718 y 201801.

De otro lado, de las pruebas testimoniales recaudadas, correspondientes a las declaraciones de los señores Martha Lucía González Barragán, en calidad de Gerente Nacional de Ventas y John Eduardo Rodríguez Riaño, como Jefe de Gestión Humana del extremo pasivo, se desprende que en la actora laboró al servicio de Industrias Inca S.A.S. desde el 11 de febrero de 2015, hasta el 24 de enero de 2018, fecha en la que se dio por terminada la relación laboral por parte de la sociedad empleadora alegando una justa causa, ambos fueron coincidentes en indicar que a las jefes de zona de ventas se les exigía el cumplimiento de unas metas por campañas y que la inobservancia de tales metas, conllevaban la terminación del contrato de trabajo, situación que se había presentado en este caso. Finalmente, John Eduardo Rodríguez Riaño precisó que la demandada reconoció al extremo activo todas las prestaciones a que había lugar, las cuales se liquidaron conforme a la ley.

Conforme a lo anotado hasta el momento, halla esta Corporación que en el caso bajo estudio se presentó el supuesto de hecho previsto en el contrato laboral como justa causa para dar por terminada la relación de trabajo, pues efectivamente de las documentales ya citadas (carta de respuesta de la actora del 15 de enero de 2018 y anexo de histórico de cumplimiento), e incluso del mismo interrogatorio rendido por la demandante, se desprende con claridad que la trabajadora incumplió por 3 períodos consecutivos las metas por campaña establecidas por la empresa para el valor de la venta.

En este orden, se estima entonces que los motivos esbozados en la carta de despido se encuentran debidamente corroborados, pues la demandante incurrió en una causal de terminación unilateral del contrato de trabajo que había sido pactada por las partes desde el nacimiento de la relación laboral, cual es, **presentar durante tres campañas consecutivas una ejecución inferior al 90% en el valor de la venta**, de ahí que concurra igualmente el supuesto de hecho previsto en el numeral 6ª del literal a) del artículo 62 del CST, esto es, cualquier falta grave calificada como tal en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos, sin que le sea dable al Juzgador de primera instancia o este Tribunal, desconocer tal previsión de conformidad con la jurisprudencia citada en apartados anteriores.

De otra parte, frente al argumento expuesto por la actora consistente en que previamente, en múltiples ocasiones ella había incumplido la meta de ventas por debajo del 90% durante tres períodos consecutivos y que, pese a ello, el empleador no terminó la relación laboral, considera esta Sala que tal consideración no tiene la virtualidad de tornar injusto el despido analizado. Lo anterior, por cuanto en el histórico de cumplimiento de metas de la actora, aportado por la empleadora, se observa que la convocante sólo en una oportunidad previa estuvo por debajo del 90% de la meta establecida por espacio de tres períodos, correspondientes a 2017-2, 2017-3 y 2017-4; sin embargo, se evidencia también que en el período siguiente (2017-5), obtuvo una mejoría y alcanzó el 100,5%. Por el contrario, previo a la fecha del despido cuya legalidad se cuestiona, la actora había incumplido por ocho períodos consecutivos la meta asignada por menos del 90%, de modo que las situaciones de hecho no resultan equiparables.

Frente a la aplicación de la sentencia C-593-2014 emanada de la Corte Constitucional, que las precisiones allí realizadas tienen incidencia frente a lo regulado en el artículo 115 del C.S.T., esto es, lo relacionado frente a la facultad disciplinaria del empleador, de ahí que no tenga cabida en el asunto objeto de estudio, debido a que como ha sido expuesto a lo largo de esta providencia, la aplicación de la sanción disciplinaria dista de los efectos del despido, que es lo que ocurrió en este caso. Por ello, la decisión

de dar por finiquitado el contrato de trabajo no debía estar precedida de las actuaciones señaladas en la norma en cita, o en el Reglamento Interno de Trabajo.

Sobre el punto en debate, se pronunció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia CSJ SL496-2021, en donde fijó el alcance de la providencia de la Corte Constitucional, señalando al respecto:

Alcance de la sentencia CC C-593-2014

Ahora, como quiera que la censura ataca la no aplicación de la sentencia CC C-593-2014, considera la Sala que conviene precisar cuál es el alcance de dicha providencia.

Señala la Corte Constitucional al estudiar la exequibilidad del artículo 115 del CST que, al interpretar la norma acorde con los postulados que rigen el debido proceso, este se aplica no solo a las actuaciones judiciales y administrativas del Estado, sino también cuando se haga uso de la «facultad disciplinaria» la cual se define como la «prerrogativa de un sujeto para imponer sanciones o castigos para mantener el orden al interior de las organizaciones privadas».

Advierte la sentencia que esto hace indispensable que se regule en los reglamentos internos de trabajo las formas o parámetros mínimos que delimiten el uso del poder sancionatorio, de tal manera que se permita conocer a los trabajadores tanto las conductas que dan origen al castigo como su sanción y el procedimiento.

Es así como se requiere que toda sanción impuesta por el empleador debe estar previamente consagrada en el reglamento y debe ser resultado de un proceso en el que se haya oído previamente al trabajador, en el cual se le haya permitido presentar pruebas y controvertir las que existiesen en su contra, su revisión la proporcionalidad y la razonabilidad en la imposición de la sanción.

Así las cosas, se tiene que el alcance fijado por la Corte Constitucional y las precisiones allí efectuadas se circunscriben específicamente a la facultad disciplinaria del empleador. De tal manera que dicha decisión resulta aplicable cuando el empleador tramite un proceso disciplinario o imponga una sanción de tal naturaleza. La norma objeto de análisis no se encuentra prevista para el despido que de manera unilateral efectúe el empleador. (Subrayado y negrillas fuera del texto original).

De otro lado, frente a la aplicación de las subreglas previstas por la Corte Constitucional en la sentencia SU449/20, para la terminación de los contratos laborales con justa causa, cabe precisar que, las mismas tienen aplicación para los despidos efectuados a partir de la fecha del fallo – 15 de octubre de 2020- (ver numeral segundo parte resolutive), de manera que para la data en que tuvo lugar la finalización de la relación laboral que se analiza (24 de enero de 2018), no estaban vigentes tales consideraciones, no pudiendo darse alcance a las mismas en forma retroactiva.

Sin perjuicio de ello, lo cierto es que, en este caso, se le garantizó a la actora el debido proceso y la oportunidad de ser oída, puesto que, tal y como quedó en las pruebas previamente identificadas, la sociedad demandada le remitió un documento en el que se informó sobre el incumplimiento de las metas de venta, se le dio la oportunidad de rendir explicaciones y de aportar pruebas, de modo que, a juicio de esta Sala, el proceder de la

empleadora no fue arbitrario y, por el contrario, atendió la garantía del debido proceso de la demandante.

Y es que debe tenerse en cuenta que, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha establecido que cuando el empleador no se encuentre obligado a seguir un trámite específico para efectuar el despido, este garantiza al trabajador el debido proceso a través de cualquier trámite que le permita ser oído y ejercer su derecho de defensa, cuestiones que se itera, se presentaron en este caso. Así lo indicó en sentencia CSJ SL339-2023, al señalar:

Frente a la formalidad de este tipo de diligencias, conviene recordar que la Corte ha explicado que la citación a descargos no es un requerimiento formal inexcusable en todas las causales de justa causa, no es un requisito previsto en la ley, y se ha referido frente al derecho de ser oído por parte del trabajador.

Así, se expuso en la providencia CSJ SL2351-2020:

[...] En otros términos, el derecho del trabajador a ser oído consiste en que él pueda dar su propia versión de los hechos que van a ser invocados por el empleador como justa causa. La oportunidad para el trabajador de dar su versión de lo sucedido en su caso, como una garantía al “derecho de defensa” y con el fin propiciar un diálogo entre empleador y trabajador previo a la decisión de despedir, se concreta dependiendo de las circunstancias fácticas que configuran la causal.

La citación a descargos no es la única forma de garantizar el derecho de defensa del trabajador. La garantía de este derecho de defensa se cumple también cuando el trabajador, de cualquier forma, tiene la oportunidad de hacer la exposición de su caso al empleador con el fin de asegurar que la decisión de terminación del contrato vaya precedida de un diálogo, es decir, no es de su esencia cumplir con una forma específica. (negrilla y subrayado fuera del texto original).

Por las razones expuestas, esta Sala de Decisión confirmará la decisión de primera instancia en lo referente a negar la pretensión de indemnización por despido sin justa causa.

RELIQUIDACIÓN DE LAS PRESTACIONES SOCIALES Y LAS VACACIONES

Solicita la parte demandante la reliquidación de las prestaciones sociales y vacaciones a la fecha de terminación del contrato de trabajo, pues a su juicio, en la liquidación que realizó la demandada respecto de estos rubros se tomó erradamente como base salarial la suma de \$442.800, sin tener en cuenta que su salario ascendía realmente a \$1.476.000, siendo este el único argumento aducido para la reclamación.

Frente a ello, la falladora de primera instancia, absolvió de la pretensión encaminada a obtener la reliquidación de las mencionadas acreencias laborales, dado que conforme a lo confesado por la demandante en su interrogatorio y lo referido por el

testigo John Eduardo Rodríguez Riaño, a aquella le fueron pagados los valores debidos, por concepto de primas, cesantías, intereses a las cesantías y a las vacaciones.

Pues bien, después de revisar la liquidación aportada por la empleadora (f°68 archivo 014, carpeta 1ª inst. exp. Digital), se encuentra que, contrario a lo alegado por la actora en el escrito de demanda, el promedio salarial que se tuvo en cuenta para liquidación las acreencias laborales al momento de la terminación, no fue de \$442.800, sino de \$1.849.269. Se precisa además que la suma de \$442.800 correspondía al pago de los salarios de los días 16 a 24 de enero de 2018; es decir, de los días cuya cancelación estaba pendiente a la terminación de la relación laboral, mas no fue la base para el cálculo de las prestaciones, a saber:

CAUSA :DESPIDO JUSTA CAUSA				FONDO DE PENSIONES :004 PROTECCION		
NRO DE CUENTA :36638746365				E.P.S : 016 COOMEVA EPS S. A.		
FECHAS. INGRESO :2015/02/11 RETIRO :2018/01/24 ULT. AUMENTO :2017/01/01 REG. CES.:2015/02/11						
TIEMPO TRABAJADO . ANOS : 2		MESES :11		DIAS :14		
CESANTIA CONSOLIDADA A 24 ENE/2018 : 123,285.00						
SALDO CESANTIA A 24 ENE/2018 : 1941,864.00						
SUELDO BASICO : 1476,000.00						
APORTES SEGURIDAD SOCIAL						
	I.B.L	I.V.M	VOLUNTARIO	FONDO SOLID.	I.B.L / E.G.M	E.G.M.
Periodo **	736,425.00	29,457.00			736,425.00	29,457.00
Acumulado **	1474,425.00	58,977.00			1474,425.00	58,977.00
D E V E N G O S				D E S C U E N T O S		
CONCEPTO	CANTIDAD U	V A L O R	PROMEDIO	CONCEPTO	CANTIDAD U	V A L O R
P001 SUELDO BASICO	9.00 D	442,800.00		D001 SEGURIDAD SOCIAL		58,914.00
P002 AUXILIO DE TRANSPORTE	15.00-D	44,106.00		D002 RETENCION EN LA FUENTE		154,710.00
P014 PRIMA DE SERVICIOS	2.00 D	122,869.00	1843,031.00	F17 LIBRANZA BANCO OCCIDENTE		4955,114.00
P017 CESANTIAS POR RETIRO	384.00 D	1941,864.00	1849,269.00			
P018 COMISIONES		293,625.00				
P020 INTERESES DE CESANTIAS	384.00 D	219,215.00	1849,269.00			
A P032 AUXILIO DE VIVIENDA		25,500.00				
P041 VACACIONES X RETIRO	43.33 D	2671,166.00	1849,269.00			
P043 PREMIO		227,500.00				
P056 AUX. MOVILIZACION	9.00 D	225,000.00				
TOTAL PAGOS		6125,433.00		TOTAL DESCUENTOS		5168,738.00
				NETO A PAGAR		956,695.00

Acorde con lo anterior, se tiene entonces que la parte accionada no solo tomó un salario equivalente al valor alegado en la demanda, esto es, de \$442.800, sino que partió un salario base de \$1.849.269, superior al que la actora pretendía que fuera tenido en cuenta, razón por la cual la solicitud de reliquidación no se encuentra llamada a prosperar.

Dimanando en la confirmación de la decisión consultada, también sobre este puntual aspecto.

COSTAS

Sin costas en esta instancia, como quiera que el proceso se conoce en sede de Consulta y no con ocasión de un recurso formulado por las partes.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Uno del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 12 de mayo de 2020, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada
(Salvo voto parcial)



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

República de Colombia

Libertad y Orden

Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	1100131050312020002561-01
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	JOSÉ LEONEL AMARILES SÁNCHEZ
DEMANDADO	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES

En Bogotá D. C. a los treinta y uno (31) días del mes de octubre de dos mil veintitrés (2023), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA:**ANTECEDENTES**

Pretende el señor **José Leonel Amariles Sánchez** se actualice y corrija su historia laboral teniendo en cuenta las semanas cotizadas con Colombia Mayor para los periodos de abril, mayo, junio, agosto, septiembre y octubre de 2013, lo cual le arrojaría un total de 1.022 semanas cotizadas; que se declare que es beneficiario del régimen de transición y que acredita los requisitos para acceder a la pensión de vejez de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 758 de 1990. Como consecuencia, se le reconozca y pague la pensión de vejez desde el 23 de octubre de 2023, junto con el pago de las mesadas adeudadas, al pago de intereses moratorios y al pago de costas, y agencias en derecho (f° 2 a 3, archivo 002, carpeta 1 instancia, exp. digital).

Como hechos fundamento de las pretensiones (f.° 1 a 2, archivo 002, carpeta 1 instancia, exp. digital), señaló en síntesis, que nació el 10 de febrero de 1950; que comenzó a cotizar para efectos de pensión al ISS desde el 20 de junio de 1974; que dicha entidad reportó un total de 872,29 semanas cotizadas hasta marzo de 2010; que de acuerdo al reporte de semanas cotizadas y actualizadas al 8 de abril de 2013, contaba con un total de 998,94 semanas.

Narró que, efectuó aportes pensionales a través de Colombia Mayor para los periodos de abril, mayo, junio, agosto, septiembre y octubre de 2013, para un total de 24 semanas, es decir, que ha cotizado un total de 1.022 semanas; que el 23 de octubre de 2013, presentó solicitud para el reconocimiento pensional ante Colpensiones, el cual fue negado mediante resolución GNR 50495 del 21 de febrero de 2014.

Indicó que, las semanas cotizadas para el periodo comprendido entre el 15 de junio de 1974, a marzo de 1978, correspondiente a 193,71 semanas no se encuentran registradas en la base de datos de Colpensiones; que a pesar de las múltiples reclamaciones que se han hecho ante la entidad accionada hasta la fecha no ha sido posible que se le reconozca el derecho; que mediante resolución GNR 204894 del 9 de julio de 2015, Colpensiones señaló que no aparecía reportadas las semanas pensionales entre el 15 de junio de 1974 al 1 de mayo de 1978, por lo que para tal efecto se debía aportar tarjetas de reseña, aviso de entrada del trabajador, certificaciones laborales debidamente autenticadas, carné de afiliación, entre otros, para soportar el proceso de corrección; que en cumplimiento de dicha exigencia se allegó tarjeta de aportes correspondiente al periodo noviembre de 1974 y enero de 1975; en cuanto a los demás documentos no fue posible aportarlos.

Por último, mencionó que la entidad accionada le ha negado varias veces el reconocimiento pensional bajo el argumento de que no tiene 1.000 semanas cotizadas para adquirir el derecho reclamado.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (archivo 009, carpeta 1 instancia, exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó fecha nacimiento del actor, fecha a partir de la cual comenzó a hacer cotizaciones a dicho fondo, acto administrativo que negó el reconocimiento pensional y aportes efectuados a través de Colombia Mayor; respecto de los demás, dijo no ser ciertos.

Propuso como excepciones de fondo, las de inexistencia del derecho y de la obligación, prescripción, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, buena fe y la innominada o genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 9 de febrero de 2022 (archivo 29, carpeta 1 instancia, exp. digital), resolvió:

PRIMERO: ABSOLVER de la totalidad las pretensiones incoadas por el señor JOSÉ LEONEL AMARILES SÁNCHEZ a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.

SEGUNDO: CONDENAR al señor JOSÉ LEONEL AMARILES SÁNCHEZ al pago de costas y agencias en derecho en cuantía de \$100.000.

TERCERO: Como quiera el resultado de la presente sentencia fue adverso a los intereses del demandante se concede el grado jurisdiccional de consulta, como quiera que la presente sentencia no va a ser apelada ante la inasistencia del demandante y al no haber constituido apoderado.

Como **fundamento a su decisión**, sostuvo que Colpensiones allegó historia laboral de fecha 13 de octubre del año 2020, en donde aparecían reflejadas a favor del demandante 903.57 semanas cotizadas; que de las pruebas incorporadas al plenario no existía prueba alguna que permitiera concluir válidamente que existía error en la historia laboral expedida por Colpensiones; que al confrontarse dicha historia laboral con la prueba documental incorporada por el demandante, esto es, los recibos de pago que el realizó en el régimen subsidiado todos estos aparecían reflejados en su historia laboral, igualmente se había aportado una colilla de pago ante el ISS correspondiente al mes de noviembre de 1974, periodo que también se encontraba incorporado; por lo tanto, no había lugar a efectuar corrección alguna a la historia laboral del actor.

Paso seguido, procedió a estudiar si el promotor del litigio reunía los requisitos para acceder al derecho pensional, frente a lo cual se tenía que al 1 de abril de 1994, tenía más de 40 años de edad, al haber nacido el 10 de febrero de 1950, por lo que sería beneficiario del régimen de transición. Posteriormente, procedió a realizar el análisis pensional conforme a lo dispuesto en Acuerdo 049 de 1990, señalando que el demandante cumplió los 60 años de edad el 10 de febrero del año 2010, momento para el cual aún no reunía 1.000 semanas cotizadas y tampoco acreditaba 500 semanas cotizadas en los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima, como tampoco había reunido las 750 semanas establecido en el Acto Legislativo 01 de 2005, para mantener el régimen de transición hasta el año 2014.

Acotó que, al revisarse si había cumplido los requisitos previstos en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, se tenía que tan solo acreditaba 903,57 semanas cotizadas en toda su vida laboral, por lo que no había lugar al reconocimiento de la pensión de

vejez ni en aplicación del régimen de transición ni en aplicación del artículo 33 de la ley 100 de 1993.

CONSULTA

Ninguna de las partes formuló recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, por lo que el *a quo* resolvió remitirlo a la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito de Bogotá, a efectos de que se surtiera el grado jurisdiccional de consulta en favor de la parte demandante.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión a resolver el grado jurisdiccional de consulta a favor de la parte demandante, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del CPTSS

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar: *i)* si es posible validar dentro de la historia laboral del actor los ciclos correspondientes al 15 de junio de 1974, a mayo de 1978, y los meses de abril, mayo, junio, agosto, septiembre y octubre de 2013, con Colombia Mayor; y *ii)* si el señor José Leonel Amariles Sánchez acreditó los requisitos para ser beneficiario del régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, así como las exigencias para la pensión de vejez en los términos del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año o en su defecto los requisitos contemplados en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003.

En el presente asunto no es materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: *i)* que el señor José Leonel Amariles Sánchez nació el 10 de febrero de 1950 (f° 6, carpeta 1 instancia, exp. digital); y *ii)* que se encuentra afiliado a Colpensiones, cotizando desde el 20 de junio de 1974, acreditando al 31 de octubre de 2013, un total de 903,57 semanas de cotización (archivo 10, carpeta 1 instancia, exp. digital); *iii)* que a través de las resoluciones GNR 204894 del 9 de julio de 2015, GNR 410441 del 17 diciembre de 2015, VPB 9681 del 29 de febrero de 2016, SUB 334825 del 7 de diciembre de 2019, SUB 111992 del 22 de mayo de 2020, DPE 8426 del 28 de mayo de 2020, Colpensiones le ha negado el reconocimiento pensional (archivo 02, carpeta 1 instancia, exp. digital).

Reconocimiento de semanas

Como primera medida, pretende el demandante el computo de las semanas pensionales correspondientes al periodo 15 de junio de 1974 a mayo de 1978. Revisada la historia laboral a octubre de 2020, se evidencia para ese periodo las siguientes cotizaciones:

la que se evidencia en el siguiente cuadro:

[1]Identificación Aportante	[2]Nombre o Razón Social	[3]Desde	[4]Hasta	[5]Último Salario	[6]Semanas	[7]Lic	[8]Sim	[9]Total
1004001226	ALVARO ISAZA ANGEL &	20/06/1974	14/11/1974	\$930	21,14	0,00	0,00	21,14
1004003342	CONSTRUCTORA A & C S	22/10/1974	25/01/1975	\$1.290	13,71	0,00	3,43	10,29
1004003568	RIA&O SANCHEZ LUIS J	30/01/1975	05/03/1975	\$1.290	5,00	0,00	0,00	5,00
1004004682	HORMIGON ARMANDO CIA	21/01/1981	30/05/1982	\$9.480	70,71	0,00	0,00	70,71

Como bien se puede apreciar del anterior pantallazo, se encuentran registrados los ciclos de junio de 1974, a marzo de 1975, pero no hasta mayo de 1978, como se alude en el escrito inaugural. Revisadas la documentales aportadas por la parte actora referentes a este primer periodo reclamado, se encuentra tarjeta de comprobación de derechos del ISS valida hasta el 25 de enero de 1975, sin que milite ninguna otra prueba con la cual se pueda validar aportes entre abril de 1975 a mayo de 1978; tampoco obra constancia de alguna relación laboral para dicho periodo a fin de acreditar una falta de afiliación al sistema pensional o mora en el pago de aportes, de manera que no es posible sumar los tiempos pretendidos ante la falta de soporte.

Ahora bien, en cuanto a los ciclos de los meses de abril, mayo, junio, agosto, septiembre y octubre de 2013, revisado de nuevo la historia laboral, se evidencia que los mismos aparecen registrados, como se puede observar en la siguiente imagen:

4575619	AMARILES SANCHEZ JOS	01/02/2012	31/01/2013	\$566.700	51,43	0,00	0,00	51,43
4575619	AMARILES SANCHEZ JOS	01/02/2013	31/10/2013	\$589.500	38,57	0,00	0,00	38,57

Bajo tal contexto, no habría lugar a sumar tiempos adicionales dentro de la historia laboral del señor José Leonel Amariles.

RÉGIMEN DE TRANSICIÓN

Conforme al artículo 36 de la Ley 100 de 1993, para ser beneficiario del régimen de transición en el caso de los hombres debía contar para el 1º de abril de 1994, con

40 o más años de edad, o 15 o más años de servicios cotizados, reuniendo los requisitos señalados tendrá derecho a la pensión de vejez o de jubilación cuando cumplan la edad y el tiempo de servicios o el número de semanas establecidas en el régimen que se venía aplicando con anterioridad al 1º de abril de 1994, el cual para el caso concreto es el dispuesto en el Acuerdo 049 de 1990, reglamentado por el Decreto 758 del mismo año, por contar con semanas cotizadas al ISS hoy Colpensiones.

Dicho lo anterior, y conforme a la copia de la cédula de ciudadanía del demandante y que obra a folio 6, archivo 002, carpeta 1 instancia del expediente digital, se tiene que nació el **10 de febrero de 1950**, por lo que al 1º de abril de 1994, contaba con 44 años de edad cumplidos, reuniendo así los requisitos del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Ahora bien, en lo que se refiere a la vigencia del citado régimen, el párrafo transitorio 4º del Acto Legislativo 01 de 2005, dispone que este no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010, por lo que al revisarse si para dicha data acreditaba los requisitos Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, para el reconocimiento de la pensión de vejez, conforme a lo dispuesto en el artículo 12 ibídem, debía acreditar 60 años de edad y un mínimo de quinientas (500) semanas de cotización durante los últimos veinte (20) años anteriores al cumplimiento de la edad mínima, o haber acreditado un número de un mil (1.000) semanas de cotización, sufragadas en cualquier tiempo, frente a lo cual se tiene que el actor cumplió los 60 años de edad el 10 de febrero de 2010, y al verificarse las semanas cotizadas durante los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad, esto es, del 10 de febrero de 1990 al 10 de febrero de 2010, se observa que acreditó un total de **336,64 semanas** y en toda la vida laboral al 10 de febrero de 2010, alcanzó un total de **727,85 semanas**, por lo cual no reunió ninguno de los requisitos que contempla la norma.

De otro lado, el mencionado Acto Legislativo 01 de 2005, contempla que podrá extenderse el régimen de transición **hasta el año 2014**, aquellas personas que a la entrada en vigencia de dicha normatividad (al 29 de julio de 2005), acrediten un total de **750 semanas** de cotización, al constatarse si el actor cumple con dicho requisito, se observa de la historia laboral actualizada al 13 de octubre de 2020, que para dicha data acreditaba **727,85** semanas, de manera que tampoco alcanzó a reunir las 750 semanas exigidas para ampliar el régimen de transición.

PENSIÓN DE VEJEZ - LEY 797 DE 2003

En cuanto a la pensión de vejez, dicha prestación se encuentra regulada en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el 9º de la Ley 797 de 2003, el cual dispone:

ARTÍCULO 33. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN DE VEJEZ. <Artículo modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003. Para tener el derecho a la Pensión de Vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones:

1. Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer o sesenta (60) años si es hombre.

A partir del 1o. de enero del año 2014 la edad se incrementará a cincuenta y siete (57) años de edad para la mujer, y sesenta y dos (62) años para el hombre.

2. Haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo.

A partir del 1o. de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1o. de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015.

(...)

Al entrar a estudiar los requisitos establecidos en dicha disposición, se tiene que como bien ya se dijo el señor José Leonel Amariles nació el 10 de febrero de 1950, de donde se colige que llegó a los 60 años de edad del mismo día y mes del año 2010, momento para el cual debía reunir 1.175, para acceder al derecho pensional; sin embargo, tan solo contaba con **757,82** semanas, y con las cotizadas con posterioridad a dicha calenda (2012 y 2013), alcanzó un total de **903,57** semanas en toda su vida laboral, circunstancia que no le permite acceder a la pensión de vejez solicitada, bajo la égida de la Ley 797/03.

En consecuencia, se deberá confirmarse la decisión de primera instancia.

COSTAS

Sin costas en esta instancia al tratarse del grado jurisdiccional de consulta.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia consultada, proferida por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones anteriormente expuestas.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

República de Colombia



Libertad y Orden

**Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL**

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	11001310503620150090802
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD EPS SÁNITAS S.A.
DEMANDANDO	ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES

En Bogotá D. C. a los treinta y un (31) días del mes de octubre de dos mil veintitrés (2023), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA:

ANTECEDENTES

Pretende la **Entidad Promotora de Salud Sánitas S.A.** que se declare la responsabilidad de la Nación – Ministerio de Salud y Protección Social, por los perjuicios en la modalidad de daño emergente por no haber reconocido y pagado a su favor veintitrés facturas asociadas a recobros de medicamentos que se ordenaron vía tutela, cada una por la suma de **\$3.449.840**, para un total de **\$75.893.980** adeudados. Como consecuencia de lo anterior, solicita que se condene a la demandada al pago de las mentadas sumas de dinero, a los gastos de administración por valor de 10%

correspondiente a \$7.589.398, a los intereses moratorios previstos en el artículo 04 del Decreto 1281 de 2002 y a la indexación.

Como hechos fundamento de las pretensiones (f°2 – 34 expediente físico), señaló que EPS Sánitas S.A. autorizó y cubrió el suministro del medicamento TYSABRI antes de la vigencia de la Resolución 005926 del 23 de diciembre de 2014, fecha para la cual no estaba incluido en el Plan Obligatorio de Salud - en adelante POS; que el medicamento fue suministrado a diferentes usuarios con ocasión de decisiones de tutela o autorizaciones efectuadas por el Comité Técnico Científico – CTC; que una vez suministrados los medicamentos, las IPS autorizadas radicaron ante EPS Sánitas S.A. las correspondientes facturas de venta de servicios, acompañadas de los soportes que acreditaban la efectiva prestación; que el medicamento no se encontraba en el POS en las condiciones en que fue formulado; que procedió a elevar reclamación para el pago de tales facturas al consorcio previsto por el FOSYGA, a través de los formatos previstos por el entonces Ministerio de Protección Social correspondientes a los MYT 01 y MYT 02.

Adujo que, pese a que se trataban de medicamentos no incluidos en el POS, el Ministerio de Salud y Protección Social glosó los recobros por considerar que sí lo estaban, bajo la causal «601 *La tecnología en salud recobrada está incluida en los planes de beneficios vigentes para la fecha de la prestación*»; que con la negativa del consorcio del FOSYGA, se dio fin a la actuación administrativa correspondiente y se puso fin al requisito de procedibilidad; que el 20 de agosto de 2015, se efectuó por segunda vez reclamación al Ministerio de Salud y Protección Social cuya respuesta se dio el 08 de octubre de 2015; que la negativa del pago de los medicamentos ha generado un desgaste administrativo que desborda las estimaciones actuariales de la Unidad de Pago por Capitación.

Por su parte, **LA ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES** radicó escrito denominado contestación de demanda, en el que, entre otros asuntos, solicitó se le designara como sucesora procesal del **MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL**.

El a quo a través de auto del 21 de marzo de 2018, dispuso aceptar la sucesión procesal solicitada y en consecuencia tener como demandada a **LA ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES**; en adición, inadmitió la demanda por considerar que no reunía los requisitos de Ley y otorgó el término de cinco días para su subsanación.

Posteriormente, mediante auto del 04 de octubre de 2018, la juez tuvo por **no contestada la demanda** por parte la ADRES, decisión contra la que no se interpuso recurso alguno.

TRÁMITES PROCESALES Y ACTUACIONES RELEVANTES EN PRIMERA INSTANCIA FRENTE A LA COMPETENCIA PARA CONOCER DE ESTE ASUNTO

El Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá en auto del 15 de enero de 2016, dispuso rechazar la demanda por competencia y remitir a los Juzgados Administrativos del Circuito de Bogotá. Contra esta decisión, EPS Sánitas S.A. formuló recurso de apelación y el a quo en auto del 08 de junio de 2016 dispuso su confirmación.

El proceso fue conocido por el Juzgado Sesenta y Cinco Administrativo del Circuito de Bogotá, quien a través de providencia del 03 de octubre de 2016, declaró que no era competente para conocer del proceso, suscitó el conflicto negativo de competencia y remitió el expediente al Consejo Superior de la Judicatura Sala Disciplinaria a efectos de que lo resolviera.

La Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura mediante providencia del 25 de enero de 2017, resolvió dirimir el conflicto negativo de jurisdicciones en el sentido de asignar el conocimiento del presente asunto a la Jurisdicción Ordinaria Laboral representada por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 13 de noviembre de 2019 (f° 340 expediente físico), resolvió:

PRIMERO: ABSOLVER a la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL – ADRES – de todas las pretensiones incoadas en su contra por la ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD SÁNITAS S.A. – EPS SÁNITAS S.A.

SEGUNDO: CONDENAR en COSTAS a la accionante. Líquidese con la suma de \$1.500.000 por concepto de agencias en derecho

Como **fundamento de su decisión** señaló que la salud y la seguridad social eran servicios públicos que debían prestarse bajo la dirección, coordinación y control del Estado; que en tal virtud se promulgó la Ley 100 de 1993, en donde se reguló la organización, financiamiento y administración del Sistema General de Seguridad Social en Salud, se dispuso la creación de las EPS, se determinaron los parámetros del Plan Obligatorio de Salud y el régimen de financiación de las EPS, entre los que se previeron las Unidades de Pago por Capitación – UPC y se estipuló la creación del FOSYGA con la subcuentas que lo componían entre ellas, la del reconocimiento económico de los medicamentos no incluidos en el POS.

Refirió que, en desarrollo de lo anterior el Ministerio de Salud profirió la Resolución No. 5261 de 1994, que fijó el manual de actividades, intervenciones y procedimientos en el POS, el cual fue actualizado a través de los Acuerdos No. 007 del 2009, No. 929 del 2011 y en las Resoluciones No. 5521 del 2013, y No. 5926 del 2014, y que en lo concerniente a los servicios incluidos en el POS, en el caso que nos ocupa, para la fecha en que se adelantaron los trámites de recobro, estaban vigentes las Resoluciones 5395 del 2013 y 5521 del mismo año.

Determinó que, la EPS en el escrito de demanda manifestó que las solicitudes de recobro provenían de órdenes de tutela, pero que de acuerdo con las pruebas, existían también órdenes de Comité Técnico Científico; que a criterio de la demandante los

medicamentos que motivaban los recobros no estaban incluidos en el POS para la fecha en que fueron autorizados, motivo por el cual debían ser cubiertos por la ADRES.

Visto lo anterior, consideró que en este caso debía determinarse si el medicamento asociado a los 23 recobros correspondía a un servicio incluido en el POS que debía ser cubierto por la EPS o si por el contrario era la ADRES, de conformidad con lo previsto en la Ley 1753 de 2015 artículo 66, la que debía efectuar el pago como administradora del fondo de solidaridad y garantía FOSYGA a través de la subcuenta de compensación.

Adujo que, el medicamento recobrado era el TYSABRI, el cual tenía como compuesto activo el NATALYZUMAB y contrario a lo afirmado por la parte demandante, en el anexo 01 de la Resolución No. 5521 del 27 de diciembre de 2013, bajo el No. 462, vigente desde el 01 de diciembre de 2013, incluyó dentro del POS al NATALYZUMAB para todas las formas farmacéuticas y concentraciones precisando que estaba «*cubierto para uso en prevención de la progresión de la discapacidad en pacientes adultos con diagnóstico de esclerosis múltiple tipo recaída o remisión secundaria progresiva*».

Señaló que, en este caso debía determinarse si los servicios de salud fueron prestados a los diferentes pacientes con anterioridad a la vigencia de la referida Resolución No. 5521 del 2013, es decir, si para la fecha en que los medicamentos fueron efectivamente entregados dichas tecnologías en salud no habían sido calculadas dentro del valor de la UPC vigente, para lo cual estimó que no era posible valorar a efectos de establecer la existencia de la obligación en cabeza de la ADRES fecha distinta a la de la entrega efectiva del medicamento al usuario, pues solo cuando éste recibía la tecnología era que podía estructurarse la obligación objeto de recobro, ya que antes de esa data tenían lugar únicamente trámites administrativos, como la orden del médico tratante, la autorización del Comité Técnico Científico o el Trámite de cumplimiento de la orden de tutela, que no generaban ningún cargo para la EPS.

Conforme a lo expuesto, identificó para cada paciente la fecha efectiva de entrega del medicamento, en los siguientes términos:

- Al usuario Claudia Ferrer Cárdenas se le hizo entrega del medicamento el 03 de febrero de 2014.
- Al usuario Mauricio Cala Correal se le hizo entrega del medicamento el 25 de febrero de 2014.
- A la usuaria Kendy Katia Salamanca Sagia se le hizo entrega del medicamento el 21 de febrero del 2014
- A la usuaria Diana Consuelo Bayona Suárez se le hizo entrega del medicamento el 26 de marzo de 2014
- A la usuaria Martha Lucía Pava García se le hizo entrega del medicamento el 21 de enero de 2014
- A la usuaria María Alexandra Chaparro Rico se le hizo entrega del medicamento el 06 de marzo de 2014
- A la usuaria Angie Katherine Johnson Torregrosa se le hizo entrega del medicamento el 23 de abril de 2014
- Al usuario Luis Fernando Brito Gómez se le hizo entrega el 07 de mayo de 2014
- A la usuaria Luisa Fernanda López Ávila se le hizo entrega el 24 de febrero de 2014
- A la usuaria Sara Cristina Cabello Londoño se le hizo entrega el 11 de abril de 2014

Así las cosas, concluyó que si bien los medicamentos fueron ordenados y autorizados entre los años 2010 y 2013, lo cierto era que todos fueron entregados a los usuarios en el año 2014, data para la cual el medicamento estaba incluido en el POS de conformidad con lo previsto en la Resolución No. 5521 del 2013, de modo que no habría lugar a que la ADRES asumiera el pago de los mismos y en tal sentido debía ser absuelto de todas las pretensiones de la demanda.

RECURSO DE APELACIÓN

EPS SÁNITAS S.A. interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primer grado, solicitando que se revocara en su integridad. Para tal efecto, argumentó que si

bien el despacho realizó un estudio pormenorizado de la normatividad que regulaba el Sistema de Seguridad Social en Salud y concluyó adecuadamente que la Resolución aplicable era la No. 5521 vigente hasta el 31 de diciembre de 2014, lo cierto era que la jueza omitió tener en cuenta que en esa misma Resolución se aclaraba que el medicamento NATALYZUMAB estaba cubierto solo para uso en prevención de la progresión de la discapacidad en pacientes adultos con diagnóstico de esclerosis múltiple tipo recaída o remisión secundaria progresiva, cuestión que no se presentaba en el caso de los pacientes a los que les fue suministrado el medicamento. En tal sentido, refirió que de las historias clínicas obrantes en el expediente administrativo, se evidenciaba que ninguno de los pacientes se enmarcaba dentro de la aclaración contenida en la nombrada Resolución, de manera que la interpretación y conclusión a la que llegó el a quo fue equivocada y debía ser revocada para en su lugar ordenar la indemnización solicitada, junto con los intereses y el pago de los gastos administrativos.

Finalmente, destacó que, si los servicios que se dispensaron hubiesen estado incluidos en el POS, no hubiese sido necesario acudir a Comité Técnicos Científicos para su autorización, como tampoco se hubiese esperado a que fueran ordenados vía tutela.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación presentado por el demandante.

PROBLEMA JURÍDICO

De conformidad con el recurso de alzada corresponde a esta Sala decisión establecer si es procedente condenar al ADRES al pago de los veintitrés recobros efectuados por EPS Sánitas S.A. por concepto de prestación de servicios no incluidos en el POS, para lo cual se deberá determinar si los servicios de salud que prestó la entidad demandante a sus afiliados correspondían a insumos por fuera del POS y, de

ser viable la condena, establecer si hay lugar al pago de los intereses moratorios y los gastos de administración reclamados.

RECOBRO DE LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS O SUMINISTRO DE MEDICAMENTO CON CARGO AL ADRES

La Ley 100 de 1993, creó el actual Sistema General de Seguridad Social con el objetivo de regular, entre otros asuntos, el servicio público esencial de salud, sus condiciones de acceso para la población en todos los niveles de atención y garantizar la protección al derecho a la seguridad social. En ejecución de ello, se fundaron las Empresas Prestadoras de Servicios de Salud - EPS, a quienes se les encargó la tarea de brindar atención a los usuarios y en general de prestar el servicio de Salud directamente y/o a través de sus instituciones vinculadas (IPS). Igualmente, se instituyó el Plan Obligatorio de Salud (hoy Plan de Beneficios en Salud), como un conjunto de servicios al que todo afiliado al Sistema General de Seguridad Social tendría derecho, delimitado por las Resoluciones expedidas por el Ministerio de Salud y Protección Social (Acuerdos 008 de 2009, 029 de 2011 y Resoluciones 5521 de 2013, 5926 de 2014, 5592 de 2015, 6408 de 2016, 5269 de 2017, 5857 de 2018, 3512 de 2019, 2481 de 2020, 2292 de 2021, 2808 de 2022 y 087 de 2023).

Se resalta además que, a efectos de que las EPS garantizaran el suministro de los servicios incluidos en el POS, se previó que les sería girado como contraprestación por parte del Estado un valor per cápita, denominado Unidad de Pago por Capitación – UPC; sin embargo, en aras de asegurar la protección del derecho fundamental a la salud de los afiliados, estas entidades se han visto obligadas a prestar servicios que no se encuentran previstos en el mentado Plan y que, en tal virtud, no estaban financiados dentro de la UPC. Con ocasión de ello, inicialmente vía jurisprudencial se dispuso que el Estado debería reconocer a las EPS el valor correspondiente a los servicios prestados por fuera del POS y, posteriormente, con la creación del Fondo de Solidaridad y Garantía del Sistema General de Seguridad Social en Salud – FOSYGA, reglamentado en el Decreto 1283 de 1996, se dispuso que sería esta entidad la encargada de girar a las

EPS los recursos para cubrir los referidos servicios (Corte Constitucional sentencias C-316/08, T- 760 del 2008, T- 438/09, T-115/13, entre muchas otras).

Al respecto, la Corte Constitucional en la sentencia T- 760 del 2008, frente a la obligación del Estado de financiar tales servicios y de proveer los mecanismos para que las EPS efectúen los recobros de manera ágil, dispuso:

2.2.5.1. Cuando una persona requiere un servicio de salud que no se encuentra incluido dentro del Plan Obligatorio de Servicios, y carece de recursos para cubrir el costo del mismo que le corresponda asumir, las entidades encargadas de asegurar la prestación del servicio (EPS) deben cumplir con su responsabilidad y, en consecuencia, asegurar el acceso a éste. No obstante, es el Estado quien ha de asumir el costo del servicio, por cuanto le corresponde la obligación de garantizar el goce efectivo del derecho. En tal sentido, la jurisprudencia constitucional y la regulación han reconocido a la entidad aseguradora el derecho de repetir contra el Estado (ver secciones 4.4. y 6.2.), a través del Fosyga. El adecuado financiamiento de los servicios de salud no contemplados en el POS depende entonces, del correcto flujo de recursos por parte del Estado para cubrir el pago de los recobros que reglamentariamente sean presentados por las entidades que garantizan la prestación del servicio. En la medida en que tales costos no están presupuestados por el Sistema dentro del monto que recibe la entidad aseguradora de la prestación del servicio de salud por cuenta de cada uno de sus afiliados o beneficiarios (UPC, unidad de pago por capitación), su falta de pago atenta contra la sostenibilidad del sistema, y en tal medida, al acceso a la prestación de los servicios de salud que se requieran con necesidad. Al ser las entidades encargadas de garantizar la prestación del servicio (EPS), o incluso las instituciones prestadoras de salud (IPS), las que suelen asumir los costos de la demora de los pagos de los recobros, se genera además, una presión sobre éstas para dejar de autorizar la prestación de servicios de servicios no contemplados en el POS. Así pues, en la medida que la capacidad del Sistema de Salud para garantizar el acceso a un servicio de salud depende de la posibilidad de financiarlo sin afectar la sostenibilidad del Sistema, el que no exista un flujo de recursos adecuado para garantizar el acceso a los servicios de salud que se requieran con necesidad, no incluidos dentro de los planes de servicio, obstaculiza el acceso a dichos servicios. Con relación al cumplimiento oportuno de los fallos de tutela y al derecho al recobro de servicios médicos no cubiertos por el plan de beneficios ante el Fosyga, se plantean, a su vez, tres conjuntos de órdenes.

[...]

En este caso se ordenará al Ministerio de la Protección Social y al administrador fiduciario del Fosyga que adopten medidas para garantizar que el procedimiento de recobro por parte de las Entidades Promotoras de Salud ante el Fosyga sea ágil con miras a asegurar el flujo de recursos necesario para proteger efectivamente el derecho en el sistema.

[...]

Ahora bien, mediante la Resolución 2948 del 2003, se previó el procedimiento para el recobro ante el FOSYGA de servicios o medicamentos no incluidos en el POS que fueren autorizados por los Comités Técnico Científicos, y mediante la Resolución 2949 de la misma anualidad, se previó el procedimiento para el recobro de procedimientos NO POS ordenados por fallos de tutela. Estas regulaciones fueron posteriormente derogadas entre otras por las Resoluciones 3797 de 2004, 3933 de 2006, 3099 del 2008, 3813 de 2013, 5395 de 2013, 1328 de 2016, 3651 de 2016, estando vigente en la actualidad la Resolución 1885 de 2018, *«Por la cual se establece el procedimiento de acceso, reporte de prescripción, suministro, verificación, control, pago y análisis de la información de tecnologías en salud no financiadas con recursos de la UPC, de servicios complementarios y se dictan otras disposiciones»*. Se puntualiza que, las nombradas resoluciones comportan en general un trámite análogo para los respectivos cobros y establece los documentos requeridos para la presentación de los mismos a efectos de que FOSYGA – actual ADRES proceda a su pago o efectúe la respectiva glosa teniendo en cuenta lo dispuesto en los Decretos 1281 de 2002 y 4747 de 2007.

Cabe igualmente precisar que con la creación de la Entidad Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES a través de la Ley 1753 del 2015, en su artículo 66, esta asumió el pago de las prestaciones de servicios de salud no incluidos en el POS – hoy PBS, conforme lo previó el literal h) del artículo 67 ibídem.

Resulta claro entonces que, las EPS están obligadas a asumir con cargo a sus propios recursos, la prestación de los servicios y medicamentos incluidos en el POS – hoy PBS, para lo cual reciben financiación del Estado (UPC), y en el evento en que tales entidades deban suministrar servicios que estén por fuera del mentado Plan (ya sea con ocasión de una orden impartida por un Juez de la Republica vía tutela o por lo dispuesto por el Comité Técnico Científico), tendrán la facultad de recobrarlos al ADRES, entidad que debe proceder a su pago, siempre que se acredite la prestación del servicio y el cobro se ajuste a los lineamientos de la normatividad vigente para el momento de la prestación. Sobre este punto, el artículo 7 del Decreto 1281 de 2002, establece: *«Además de los requisitos legales, quienes estén **obligados al pago de los servicios, no***

podrán condicionar el pago a los prestadores de servicios de salud, a requisitos distintos a la existencia de autorización previa o contrato cuando se requiera, y a la demostración efectiva de la prestación de los servicios [...]». (Negrilla fuera del texto original).

Así las cosas, cuando una EPS pretenda el reconocimiento de los recobros vía judicial, en virtud de lo precitado y de la regla contenida en el artículo 167 del Código General del Proceso, tendrá la carga de demostrar que efectivamente prestó servicios de salud que no estaban cubiertos en el POS – hoy PBS, que fueron ordenados por un Comité Técnico Científico o por un fallo de tutela; por su parte, la ADRES deberá acreditar que no se prestó el servicio o que la glosa con base en la cual se negó el pago fue fundada y se ajustó a lo previsto en los Decretos 1281 de 2002 y 4747 de 2007.

En este orden, en lo que interesa al caso en particular, conforme se dejó sentado en los antecedentes, se tiene que EPS Sánitas S.A. a través del presente proceso ordinario laboral pretende que se condene al ADRES al pago de veintitrés recobros por el suministro del medicamento TYSABRI, el cual tiene como compuesto activo NATALYZUMAB¹, fármaco que según el dicho de la demandante no se encontraba incluido en el POS para la fecha de autorización y suministro. No obstante, tal como se dejó sentado en precedencia, el a quo, al proferir la sentencia de primera instancia determinó que para la data en que el medicamento objeto de los recobros se había entregado a los pacientes, sí estaba incluido en el referido plan y argumentó que para esa calenda se encontraba vigente la Resolución No. 5521 del 2013, en la que se había adicionado tal insumo, por lo cual determinó que su valor tendría que ser asumido por la EPS demandante. Frente esta decisión, la parte actora presentó recurso de apelación y adujo que aunque era cierto que los medicamentos se habían entregado en vigencia de la Resolución No. 5521 del 2013, la jueza había pasado por alto que tal inclusión solo estaba autorizada para «*el uso en prevención de la progresión de la discapacidad en pacientes adultos con diagnóstico de esclerosis múltiple de tipo recaída remisión o secundaria*

¹ De acuerdo con en la European Medicines Agency. Extraído de [https://www.ema.europa.eu/en/documents/overview/tysabri-epar-medicine-overview_es.pdf]

progresiva», situación clínica en la que no se enmarcaban los pacientes a los que se les hizo entrega de la medicina.

Dilucidado lo anterior, luego de examinar en detalle el expediente digital encuentra esta Sala que, aunque la demandante pretende el pago de veintitrés recobros, lo cierto es que sólo allegó documentos soporte de catorce de ellos correspondientes las facturas No. FAR1000000041691281, FAR100000001691353, FAR100000001729032, FAR100000001758479, FAR100000001802910, FAR100000001803009, FAR100000001699815, FAR100000001711142, FAR100000001742383, FAR100000001744251, FAR100000001825871, FAR100000001924419, FAR100000001924424 y FAR100000001841096, sin que obre en el expediente documentación relacionada con los recobros restantes presuntamente relacionados con las facturas FAR1000000001701646, FAR1000000001749438, FAR1000000001749455, FAR1000000001749464, FAR1000000001749465, FAR1000000001754507, FAR1000000001768024 y FAR1000000001828759.

Esta omisión es razón suficiente para denegar la condena al pago de los recobros asociados a las facturas previamente reseñadas, pues la parte actora, como se mencionó en apartados anteriores, tenía la carga de acreditar cuando menos la prestación del servicio de salud cuyo valor pretendía de fuera reembolsado, en virtud de lo previsto en el artículo 167 del CGP. En consecuencia, deberá confirmarse la sentencia de primera instancia respecto de estos pedimentos, pero por los motivos previamente expuestos.

Por otro lado, respecto de los recobros en los cuales sí existen soportes del suministro del medicamento, estima esta Corporación que conforme lo consideró la Juez de primera instancia, la normatividad que regulaba el conjunto de servicios cubiertos por el POS – hoy PBS, correspondía a la vigente para la fecha en que tales insumos fueron entregados, pues solo en ese momento se configuró el gasto con cargo a la EPS que la habilitaría para efectuar el recobro al ADRES. Así las cosas, después de estudiar minuciosamente los medios de prueba que militan en el expediente, se avizora que los medicamentos recobrados fueron entregados en el año 2014 (como se ilustrará en la

tabla subsiguiente), esto es, en vigencia de la Resolución No. 5521 del 2013 (en lo referente a los servicios incluidos en el POS), y de la Resolución 5395 de 2013 (con respecto al procedimiento para efectuar los recobros).

Así las cosas, debe tenerse en cuenta que la Resolución No. 5521 del 2013, en su Anexo 01 denominado «A. Listado de medicamentos POS 2014», incluía a todos los medicamentos con el principio activo NATALIZUMAB, con la aclaración de que se encontraba cubierto solo para el siguiente uso:

462	L04AA2301	NATALIZUMAB	NATALIZUMAB	Incluye todas las concentraciones	INCLUYE TODAS LAS FORMAS FARMACÉUTICAS	CUBIERTO PARA USO EN PREVENCIÓN DE LA PROGRESIÓN DE LA DISCAPACIDAD EN PACIENTES ADULTOS CON DIAGNÓSTICO DE ESCLEROSIS MÚLTIPLE DE TIPO RECAÍDA-REMISIÓN O SECUNDARIA PROGRESIVA
-----	-----------	-------------	-------------	-----------------------------------	----------------------------------------	----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

Con base en lo expuesto y en atención a los argumentos del recurso de alzada, procederá esta Sala a examinar si los recobros asociados a las facturas No. FAR1000000041691281, FAR100000001691353, FAR100000001729032, FAR100000001758479, FAR100000001802910, FAR100000001803009, FAR100000001699815, FAR100000001711142, FAR100000001742383, FAR100000001744251, FAR100000001825871, FAR100000001924419, FAR100000001924424 y FAR100000001841096, se causaron con ocasión del suministro del medicamento TYSABRI (NATALIZUMAB) a usuarios cuyo estado clínico no se enmarcaba dentro del «[...]diagnóstico de esclerosis múltiple de tipo recaída remisión o secundaria progresiva», para lo cual deberán analizarse los documentos aportados por la demandante como soporte del recobro. Al respecto se tiene lo siguiente:

No.	FACTURA	USUARIO	FECHA DEL SUMINISTRO DEL SERVICIO	VALOR	SOPORTES
1	FAR1000000041691281	KATIA SALAMANCA ZAJA	16/01/2014	\$3,564,080	<ul style="list-style-type: none"> Acta de Comité Técnico Científico 10/12/2013 Orden médica Autorización de medicamento

2	FAR100000001691353	DIANA BAYONA SUÁREZ	16/01/2014	\$3,564,080	<ul style="list-style-type: none"> • Acta de Comité Técnico Científico 28/12/2013 • Orden médica • Autorización de medicamento
3	FAR100000001729032	ANGIE KATHERINE JOHNSON TORREGROZA	18/02/2014	\$3,564,080	<ul style="list-style-type: none"> • Acta de Comité Técnico Científico 13/11/2013 • Fórmula médica • Documento de suministro de productos • Autorización de medicamentos
4	FAR100000001758479	CLAUDIA CÁRDENAS FERRER	04/03/2014	\$3,564,080	<ul style="list-style-type: none"> • Acción de tutela 04/01/2010 • Documento de suministro de productos • Orden médica • Autorización de medicamento
5	FAR100000001802910	VÍCTOR HUGO MEDINA LUNA	12/03/2014	\$3,564,080	<ul style="list-style-type: none"> • Acta de Comité Técnico Científico 02/11/2013 • Orden médica • Autorización de medicamento
6	FAR100000001803009	DIANA CONSUELO BAYONA SUÁREZ	11/03/2014	\$3,564,080	<ul style="list-style-type: none"> • Acta de Comité Técnico Científico 28/12/2013 • Orden médica • Autorización de medicamento
7	FAR100000001699815	MARTHA LUCÍA PABA GARCÍA	27/01/2014	\$3,564,080	<ul style="list-style-type: none"> • Acta de Comité Técnico Científico 09/11/2013 • Orden médica • Autorización de medicamento
8	FAR100000001711142	MARÍA ALEXANDRA CHAPARRO RICO	13/01/2014	\$3,564,080	<ul style="list-style-type: none"> • Acta de Comité Técnico Científico 19/09/2013 • Orden médica • Autorización de medicamento
9	FAR100000001742383	LUIS FERNANDO BRITO GÓMEZ	25/02/2014	\$3,564,080	<ul style="list-style-type: none"> • Acta de Comité Técnico Científico 27/09/2013 • Documento de suministro de productos • Orden médica • Autorización de medicamento
10	FAR100000001744251	MAURICIO CALA CORREAL	25/02/2014	\$3,564,080	<ul style="list-style-type: none"> • Tutela 15/03/2005 • Documento suministro de productos • Prescripción de medicamento • Autorización de medicamento
11	FAR100000001825871	CLAUDIA CÁRDENAS FERRER	03/04/2014	\$3,564,080	<ul style="list-style-type: none"> • Tutela 04/01/2010 • Documento suministro de productos • Orden médica • Autorización de medicamento
12	FAR100000001924419	MARTHA LUCÍA PABA GARCÍA	15/04/2014	\$3,564,080	<ul style="list-style-type: none"> • Acta de Comité Técnico Científico 09/11/2013 • Orden médica • Autorización de medicamento

13	FAR100000001924424	VÍCTOR HUGO MEDINA LUNA	14/04/2014	\$3,564,080	<ul style="list-style-type: none"> • Acta de Comité Técnico Científico 02/11/2013 • Orden médica • Autorización de medicamento
14	FAR100000001841096	SARA CRISTINA CABELLO LONDOÑO	11/04/2014	\$3,564,080	<ul style="list-style-type: none"> • Acta de Comité Técnico Científico 23/12/13 • Documento suministro de productos • Orden médica • Autorización de medicamento

Visto lo anterior, advierte esta Corporación que la parte actora solo allegó como documentos soporte de los recobros, las constancias del suministro del medicamento y las actas del Comité Técnico Científico o los fallos de tutela, según cada caso, medios probatorios que resultan insuficientes para demostrar que los fármacos objeto de los recobros, hubiesen sido suministrados a pacientes con un diagnóstico diferente al de «[...] *esclerosis múltiple de tipo recaída remisión o secundaria progresiva*». Y es que contrario a lo afirmado por la recurrente en cuanto a que aportó la historia clínica de los pacientes a los que le suministró dichos medicamentos, en el informativo brilla por su ausencia ese importante medio de convicción, el cual es el idóneo para comprobar el estado clínico de los usuarios y demostrar que el medicamento entregado por la demandante no se enmarcaba dentro del uso cubierto por el POS, carga probatoria que como ya se indicó, le correspondía a la promotora del litigio en los términos del artículo 167 del CGP.

Ahora bien, debe precisarse que aunque las Actas de Comité Técnico Científico y las órdenes de tutela refieran que el TYSABRI (NATALIZUMAB), era a un fármaco no cubierto por el POS, lo cierto es que estos documentos fueron elaborados con anterioridad al 01 de enero de 2014 (ver tabla anterior), esto es, previo a la entrada en vigencia de la Resolución No. 5521 del 2013, a través de la cual se incluyó tal medicina en el nombrado Plan². De ahí que, lógicamente los referidos medios de prueba consignen que el TYSABRI (NATALIZUMAB), era un insumo *no POS* y justamente por ello, esos documentos resultan insuficientes para acreditar la procedencia de los recobros pretendidos, contrario a lo indicado por la demandante en el recurso de alzada.

² Para el año 2013, el conjunto de servicios e insumos cubiertos por el POS estaba enlistado en el Acuerdo 029 de 2011, en el que no se incluía al NATALIZUMAB para ningún uso.

En consecuencia, al no haberse cumplido con la carga de acreditar el suministro del medicamento para usos distintos a los incluidos en el POS, deberá confirmarse la decisión de primera instancia que denegó las pretensiones de la demanda, teniendo como base las razones expuestas en esta providencia.

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de la parte actora, como quiera que su recurso de alzada no prosperó, de conformidad con lo señalado en el numeral 1 del artículo 365 del CGP.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la decisión de primera instancia, proferida por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá del 13 de noviembre de 2019, por las razones expuestas considerativa de esta decisión.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte actora.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

AUTO DEL PONENTE:

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la demandante en la suma de \$1.160.000.



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

República de Colombia



Libertad y Orden

**Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL**

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	11001310503720200051701
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	MISAEAL DÍAZ CELY
DEMANDADO	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES

En Bogotá D. C. a los treinta y un (31) días del mes de octubre de dos mil veintitrés (2023), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA:

ANTECEDENTES

Pretende el señor **Misael Díaz Cely** se **condene** a Colpensiones a efectuar una nueva liquidación de la indemnización sustitutiva de vejez teniendo en cuenta 961,57 semanas cotizadas, lo cual arrojaría una indemnización en la suma de \$35.759.811, al pago de intereses moratorios causados desde octubre de 2017, hasta la fecha; de manera subsidiaria, a la indexación, a lo que resulte probado ultra y extra petita y al pago de costas procesales (f°4 a 5, archivo 1- carpeta 1 instancia - exp. digital).

Como hechos fundamento de las pretensiones (f°4 a 5 – archivo 1- carpeta 1 instancia - exp. digital), señaló en síntesis, que cotizó para pensión desde el 25 de octubre de 1976, hasta el 30 de julio de 2017, para un total de 961,57 semanas; que

Colpensiones mediante resolución SUB 4135 del 11 de enero de 2019, le reconoció la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez en cuantía de \$15.436.366; que los valores que sirvieron de base para liquidar la indemnización son inferiores a los valores que arrojarían al realizar la operación de valores y salarios tomados de la historia laboral; que a efectuar las operaciones aritméticas obtendría como indemnización la suma de \$35.759.811.

Relato que, Colpensiones mediante resolución SUB 356649 del 19 de septiembre de 2019, negó la reliquidación de la indemnización sustitutiva, decisión frente a la cual interpuso los recursos de reposición y apelación, que se resolvieron mediante resoluciones SUB 313579 del 15 de noviembre de 2019 y DPE 15011 del 19 de diciembre de 2019, en los cuales se confirmó la negativa.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (archivo 6- carpeta 1 instancia - exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos aceptó la afiliación del demandante a dicho régimen y los aportes pensionales realizados, acto administrativo en el que se reconoció la indemnización sustitutiva de vejez y resoluciones que negaron su reliquidación; frente a los demás señaló no ser ciertos.

Como excepciones de mérito propuso, las de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, prescripción, innominada y buena fe.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 31 de marzo de 2022 (archivo 11- carpeta 1 instancia - exp. digital), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR probada la excepción de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido propuesta por la administradora colombiana de pensiones COLPENSIONES de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de la decisión, relevándose del estudio de las demás excepciones propuestas.

SEGUNDO: ABSOLVER a COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones invocadas en su contra por el señor MISHAEL DÍAZ CELY.

TERCERO: Por el resultado de la decisión condenar en COSTAS a la parte demandante. Para tal efecto fijo como agencias en derecho la suma de \$200.000 que será liquidada en la debida oportunidad procesal por secretaria.

Para Fundamentar su decisión, sostuvo que, no era objeto de discusión que al demandante se le había sido reconocido una indemnización sustitutiva de vejez por parte de Colpensiones a través de la resolución SUB 4135 del 11 de enero de 2019, por valor de \$15.436.366, siendo ingresado en nómina para el periodo correspondiente al mes de febrero de 2019, a fin de que fuera cancelado en el mes de marzo de la misma anualidad.

Citó el artículo 37 de la ley 100 de 1993, frente a la cual señaló que para su liquidación dicha normatividad establecía que la indemnización era equivalente a un salario base de liquidación promedio semanal multiplicado por el número de semanas cotizadas; que al resultado obtenido se le aplicaba el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales hubiere cotizado el afiliado; fórmula que se encontraba descrita en el Decreto 1730 del año 2001, modificado por el Decreto 4640 del año 2005. Respecto a los porcentajes de cotización, adujo que debía tenerse en cuenta el artículo 3 del Decreto 1730 de 2001, en donde se establecía que el porcentaje de cotización sería el previsto en el inciso 1° del artículo 20 de la Ley 100 de 1993, modificada por el artículo 7 de la Ley 797 de 2003.

Arguyó que, los actos administrativos que reconocieron la indemnización sustitutiva se tuvieron en cuenta los aportes realizados hasta 1997; que los aportes que se realizaron con posterioridad no se tuvieron en cuenta, ello por cuanto, los realizados después del año 2012, fueron a través del régimen subsidiado por el estado a través de los respectivos aportes «BEPS» en los términos del Decreto 387 del año 2018, en concordancia con lo establecido en el numeral 8° del artículo 2.2.13.7.3 del Decreto de 1833 de 2016, que dispuso que todas las personas que se encontraban afiliadas al sistema general de pensiones que no lograrán cumplir con los requisitos para obtener la pensión, si lo decidían de manera voluntaria, los recursos por concepto de indemnización sustitutiva podían destinarse como ahorro

del mecanismo «BEPS», con el fin de obtener o incrementar la suma periódica que la persona planeaba contratar.

Precisó que, de conformidad con lo anterior, el demandante había autorizado el 1 de octubre del año 2018, su consentimiento acogiéndose de manera voluntaria y de manera expresa al giro de los recursos por concepto de indemnización sustitutiva al programa «BEPS», solicitud que había sido aceptada por Colpensiones a través de la comunicación del 02/10/2018, después de ello a través de comunicado del 12/10/2018, se le informó al actor que se había practicado el traslado de los recursos de la fuente de financiación a los «BEPS», donde se le realizó una proyección detallada en los beneficios obtenidos al 13/10/2018, indicándosele que se le trasladaría el valor correspondiente de 210 semanas cotizadas, lo que equivalía a \$1.013.410, siendo entonces una actuación apegada a la legalidad.

Consideró que, de acuerdo a lo descrito, la diferencia del valor de la liquidación correspondía al traslado de los valores cotizados inicialmente al régimen subsidiado en pensiones a los «BEPS», ello con el consentimiento voluntario del actor, hecho que no había sido negado, ni discutido por el actor, advirtiendo que en ninguno de los argumentos contemplados en la demanda se había desconocido la legalidad de los actos administrativos a fin de alegar una eventual ineficiencia del acto jurídico del traslado; que si bien ello había sido mencionado por el promotor del proceso en el escrito el 28/01/2019, por medio del cual se había fundamentado el recurso, alegando vicios del consentimiento en su celebración, lo cierto era que, dicho argumento no había quedado plasmado en la demanda, sin que se pudiera entrar a realizarse una valoración por el escaso material probatorio, ya que solo se contaba con el cumplimiento formal de las actuaciones en el reconocimiento de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, el cual gozaba de presunción de legalidad.

CONSULTA

Ninguna de las partes formuló recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, por lo que el *a quo* resolvió remitirlo a la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito de Bogotá, a efectos de que se surtiera el grado jurisdiccional de consulta en favor de la parte demandante.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión a resolver el grado jurisdiccional de consulta a favor de la parte demandante, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del CPTSS

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los antecedentes dados, procede esta Sala a determinar lo siguiente: *i)* si debe reliquidarse la indemnización sustitutiva de vejez reconocida al actor, teniendo en cuenta el tiempo de cotización que realizó a través del programa social complementario de beneficios económicos «BEPS».

En el presente asunto no es materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: *i)* que el señor Misael Díaz Cely solicitó ante Colpensiones el 2 de octubre de 2018, el reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva de vejez, solicitud que se resolvió mediante resolución SUB4135 del 11 de enero de 2019, en la que se reconoció la indemnización en la suma de \$15.436.366; *ii)* que en contra de esa resolución se interpusieron los recursos de reposición y apelación, los cuales se resolvieron a través de las resoluciones SUB 59751 del 11 de marzo de 2019 y DPE 1435 del 4 de abril de 2019, en las que se confirmó la suma establecida en la resolución inicial; y *iii)* que el 6 de agosto de 2019, la parte actora solicitó ante Colpensiones la reliquidación de la indemnización sustitutiva, petición que se resolvió mediante resolución SUB256649 del 10 de septiembre de 2019, en la que se negó lo pretendido, acto administrativo frente al cual también se interpusieron los recursos de ley, los cuales se resolvieron a través de las resoluciones SUB 313579 del 11 de noviembre de 2019 y DPE 15011 del 19 de diciembre de 2019, que confirmaron la negativa (archivo 1- carpeta 1 instancia – expediente digital).

Indemnización sustitutiva de vejez teniendo en cuenta tiempos de cotización a través del programa social complementario de beneficios económicos «BEPS»

Verificado el acto administrativo DPE 15011 del 19 de diciembre de 2019, por el cual se resolvió el recurso de apelación en contra de la resolución que negó la reliquidación de la indemnización sustitutiva de vejez reconocida al actor, allí Colpensiones refirió que el asegurado registraba un equivalente a 961 semanas cotizadas de las cuales se estaban computando 751 para reliquidar la prestación, puesto que las demás semanas se encontraban bajo el régimen de subsidio de aporte, cuyo aporte se había trasladado a la cuenta individual «BEPS» del asegurado teniendo en cuenta lo dispuesto en el Decreto 387 de 2018 (f° 34 a 43, archivo 1, carpeta 1 instancia, exp. Digital).

De manera que, la diferencia en la liquidación de la indemnización sustitutiva de vejez reconocida al señor Misael Díaz, radica en el descuento que se le hizo de las semanas subsidiadas por el Estado; así, al verificarse la historia laboral, se tiene que el señor Díaz Cely cotizó desde el 25 de octubre de 1976, hasta el 31 de julio de 2017, un total de 961,57 semanas; que con posterioridad agosto de 2012 y hasta julio de 2017, aparece sus aportes con la observación: «*traslado PSAP a BEPS aportes y subsidio 100%*», tal como se puede ver en el siguiente pantallazo:

19331874	DIAZ CELY MISAE	SI	201208	16/08/2012	0100899U0000799	\$ 566.700	\$ 90.672	\$ 0	30	30	Traslado PSAP a BEPS Aportes y Subsidio 100%
19331874	DIAZ CELY MISAE	SI	201209	08/09/2012	520666U0014196	\$ 566.700	\$ 90.672	\$ 0	30	30	Traslado PSAP a BEPS Aportes y Subsidio 100%
19331874	DIAZ CELY MISAE	SI	201210	04/10/2012	52N02121336136	\$ 566.700	\$ 90.672	\$ 0	30	30	Traslado PSAP a BEPS Aportes y Subsidio 100%
19331874	DIAZ CELY MISAE	SI	201301	28/01/2013	07N02130677946	\$ 589.500	\$ 90.672	\$ 0	30	30	Traslado PSAP a BEPS Aportes y Subsidio 100%

Para resolver la controversia, debe indicarse que el artículo 87 de la Ley 1328 de 2009, estableció los beneficios económicos periódicos para aquellas personas de escasos recursos que hayan realizado aportes, ahorros periódicos o esporádicos a pensión y que no logran obtener una pensión mínima, a través del Decreto 1833 de 2016, se compilaron las normas del Sistema General de Pensiones, estableciéndose en el título 13, capítulo 1, los beneficios económicos periódicos como «*[...] un mecanismo individual, independiente, autónomo y voluntario de protección para la vejez, que*

se ofrece como parte de los servicios sociales complementarios y que se integra al sistema de protección a la vejez, con el fin de que las personas de escasos recursos que participen en este mecanismo, obtengan hasta su muerte un ingreso periódico, personal e individual».

En el artículo 2.2.13.7.3. del Decreto 1833 de 2016, se implantaron las reglas aplicables entre el sistema general de pensiones y el mecanismo «BEPS», así:

ARTÍCULO 2.2.13.7.3. Reglas aplicables entre el sistema general de pensiones y el mecanismo (BEPS). Las personas vinculadas al mecanismo de los BEPS podrán voluntariamente disponer de su ahorro para mejorar su ingreso futuro, de conformidad con las siguientes reglas:

1. Si la persona se encuentra afiliada al sistema general de pensiones en el régimen de ahorro individual con solidaridad y adquiere el derecho a la garantía de pensión mínima, se le devolverán los recursos ahorrados en BEPS con sus rendimientos. En este evento, no se hará acreedor al incentivo o subsidio periódico, por cuanto ello generaría un doble subsidio.

2. Si la persona se encuentra afiliada al sistema general de pensiones en el régimen de ahorro individual con solidaridad y requiere los recursos ahorrados en BEPS para completar el capital necesario en su cuenta de ahorro individual que le permita obtener una pensión, podrá voluntariamente destinar estos recursos y sus rendimientos para tal fin y hacerse acreedora al incentivo periódico, siempre y cuando no se haga uso de la garantía de pensión mínima.

El incentivo periódico se otorgará solamente para completar el capital necesario para el reconocimiento de la pensión.

3. Si la persona se encuentra afiliada al sistema general de pensiones en el régimen de ahorro individual con solidaridad, puede solicitar la garantía de pensión mínima, si los recursos ahorrados en BEPS y sus rendimientos le permiten completar el número de semanas mínimas requeridas, aplicando el sistema de equivalencias mediante un mecanismo actuarial que definirán los Ministerios de Hacienda y Crédito Público y del Trabajo y el Departamento Nacional de Planeación. En este evento no se hará acreedora al incentivo periódico.

4. Si la persona se encuentra afiliada al régimen de ahorro individual con solidaridad y tiene capital suficiente para una pensión, podrá destinar las sumas ahorradas en el mecanismo BEPS más sus rendimientos, como cotizaciones voluntarias conforme lo previsto en el artículo 62 de la Ley 100 de 1993, con el fin de incrementar el saldo de su cuenta individual de ahorro pensional, para optar por una pensión mayor. En este evento no se hará acreedora al incentivo periódico.

5. Si la persona se encuentra afiliada al sistema general de pensiones en el régimen de prima media con prestación definida y requiere los recursos ahorrados en BEPS, para cumplir con los requisitos que le permitan obtener una pensión, de conformidad con un sistema de equivalencias mediante un mecanismo actuarial en semanas que definirán los Ministerios de Hacienda y Crédito Público y del Trabajo y el Departamento Nacional de Planeación, podrá voluntariamente destinar estos recursos y sus rendimientos para tal fin y hacerse acreedora al incentivo o subsidio periódico.

6. Si la persona se encuentra afiliada al sistema general de pensiones en el régimen de prima media con prestación definida y cumple con las semanas mínimas requeridas para el reconocimiento de la pensión de vejez, podrá destinar las sumas ahorradas en el mecanismo BEPS y sus rendimientos para incrementar el monto de la pensión de vejez, de conformidad con el sistema de equivalencias precitado. En este evento no se hará acreedora al incentivo periódico.

7. Si la persona se encuentra afiliada al sistema general de pensiones en cualquiera de sus regímenes y logra cumplir los requisitos para obtener una pensión y no opta por acogerse a lo previsto en los numerales 4 y 6 del presente artículo, puede solicitar que los recursos ahorrados en BEPS, más los rendimientos generados, le sean devueltos por la administradora de BEPS. En este evento no se hará acreedor al incentivo o subsidio periódico.

8. Si la persona se encuentra afiliada al sistema general de pensiones en cualquiera de sus regímenes y no logra cumplir los requisitos para obtener la pensión, **si lo decide voluntariamente, los recursos por concepto de devolución de saldos o indemnización sustitutiva, según aplique, podrán destinarse como ahorro al mecanismo BEPS, con el fin de obtener o incrementar la suma periódica que la persona planea contratar. Los recursos de la indemnización sustitutiva o la devolución de saldos se tendrán en cuenta para el cálculo del incentivo periódico y el valor de los títulos que pagará Colpensiones a los tres años siguientes de haber otorgado el Beneficio Económico Periódico contarán con el respaldo presupuestal de la Nación teniendo en cuenta lo contemplado en el Marco de Gasto de Mediano Plazo del Sector.** En todo caso, el incentivo periódico se calculará propendiendo por estimular la permanencia y el ahorro de largo plazo para la vejez buscando mejorar las anualidades vitalicias BEPS a obtener como protección a la vejez. Para el efecto, los Ministerios de: Hacienda y Crédito Público y del Trabajo y el DNP podrán definir las condiciones, teniendo en cuenta que el incentivo es del 20% sobre el monto de la devolución de saldos o indemnización sustitutiva.

Cuando el aporte de la devolución de saldos o indemnización sustitutiva como ahorro al mecanismo BEPS supere el tope máximo establecido en el artículo 2.2.13.5.2. del presente decreto para obtener un Beneficio Económico Periódico, el incentivo periódico se otorgará solamente sobre el monto del ahorro necesario para conformar dicho capital, incluyendo el subsidio. Evento en el cual el excedente del ahorro será devuelto al beneficiario.

Lo descrito aplica a las personas de que trata el artículo 2.2.1.6.4.18. del Decreto número 1072 de 2015, por medio del cual se regula la cotización a seguridad social para trabajadores dependientes que laboran por periodos inferiores a un mes. (Negrilla y subrayado fuera el texto original).

De otro lado, el Decreto 387 de 2018, adicionó el capítulo 5, título 14 de la parte 2 del libro 2 del Decreto 1833 de 2016, estableciendo en su artículo 2.2.14.5.1:

ARTÍCULO 2.2.14.5.1. Objeto. El presente capítulo tiene por objeto reglamentar el traslado del Programa de Subsidio al Aporte para Pensión (PSAP) al Servicio Social

Complementario de Beneficios Económicos Periódicos (BEPS) de las personas que voluntariamente lo soliciten, así como las condiciones para el traslado del subsidio otorgado a través del Fondo de Solidaridad Pensional de las personas que son beneficiarias del PSAP y no han cumplido los requisitos para pensión, ni tienen la probabilidad de cumplirlos, o para personas que fueron beneficiarias del programa y no son afiliadas obligatorias al Sistema General de Pensiones, de los siguientes grupos poblacionales:

- 1. Trabajadores independientes del sector rural y urbano.*
- 2. Trabajadores en discapacidad.*
- 3. Madres comunitarias o sustitutas.*
- 4. Concejales de municipios clasificados en las categorías 4, 5 o 6.*
- 5. Personas cesantes (desocupadas).*

ARTÍCULO 2.2.14.5.4. *Condiciones para el traslado del Subsidio de Aporte para Pensión a BEPS. Las personas que han pertenecido o se encuentran como beneficiarias del PSAP podrán manifestar su voluntad de vincularse a BEPS y solicitar el traslado del Subsidio de Aporte para Pensión otorgado por el Fondo de Solidaridad Pensional a BEPS junto con los aportes realizados por el interesado durante el tiempo que fue beneficiario del subsidio al aporte, siempre y cuando los recursos no se hayan devuelto al citado Fondo en cumplimiento de lo previsto en el artículo 29 de la Ley 100 de 1993, ni se haya otorgado y pagado la indemnización sustitutiva.*

[...]

Más adelante, en el artículo 2.2.14.5.5, se establece el trámite para el traslado del subsidio de aporte para pensión «BEPS», consagrando dicha normatividad:

ARTÍCULO 2.2.14.5.5. Trámite para el traslado del Subsidio de Aporte para Pensión a BEPS. *La Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones) verificará, de acuerdo con las certificaciones de que trata el artículo anterior, que éste no tenga la posibilidad de hacerse acreedor al reconocimiento de la pensión de vejez, que no se hayan devuelto los recursos por concepto de subsidios al Fondo de Solidaridad Pensional ni se haya reconocido y pagado indemnización sustitutiva; de ser así, validará el cumplimiento de requisitos de que trata el artículo 2.2.14.5.3. del presente capítulo e informará al administrador fiduciario del Fondo de Solidaridad Pensional acerca de la solicitud de traslado.*

El administrador fiduciario del Fondo de Solidaridad Pensional verificará con las bases de datos de beneficiarios los subsidios otorgados por dicho Fondo al interesado, así como el valor de los mismos y emitirá una certificación con destino a Colpensiones, para que esta última confronte la información suministrada con la historia laboral del aspirante. De no existir inconsistencias Colpensiones informará al interesado su aceptación de traslado del Subsidio de Aporte para Pensión con destino a BEPS, precisando tanto el valor del subsidio como de los rendimientos a trasladar.

Caso contrario se debe realizar la verificación de la información entre el administrador fiduciario del Fondo de Solidaridad Pensional y la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), para aclarar cualquier inconsistencia.

PARÁGRAFO 1. La administradora del mecanismo BEPS, una vez acepte la vinculación y la solicitud de traslado del Subsidio de Aporte para Pensión del Fondo de Solidaridad Pensional al Servicio Social Complementario de los BEPS, les suministrará a las personas la información de manera expresa y detallada, de todas las condiciones, reglas, beneficios, monto de los incentivos y riesgos que voluntariamente asumen al ingresar a dicho mecanismo.

El interesado podrá manifestar su decisión de retracto en los términos del artículo 2.2.14.1.16. de este decreto a partir de que le sea informada su aceptación de vinculación, si a ello hubiere lugar. Superado este plazo y de no hacer uso del retracto, la persona queda automáticamente retirada del Programa de Subsidio al Aporte para Pensión. En este evento, la Administradora del Régimen de Prima Media trasladará a BEPS el monto de los aportes que haya realizado el beneficiario del Subsidio al Aporte para Pensión.

El administrador fiduciario del Fondo de Solidaridad Pensional, al momento del retiro automático del Programa de Subsidio al Aporte para Pensión, revisará los subsidios que se hubieren causado por las personas que voluntariamente se trasladan a BEPS y efectuará el giro correspondiente, si a ello hubiere lugar.

Si el interesado hace uso del retracto y cumple los requisitos para continuar como beneficiario del Subsidio al Aporte para Pensión, podrá continuar recibiendo este beneficio.

ARTÍCULO 2.2.14.5.6. Porcentaje del Subsidio de Aporte para Pensión que se trasladará a BEPS. A las personas que han pertenecido o se encuentran como beneficiarias del Subsidio al Aporte para Pensión y decidan voluntariamente vincularse a BEPS, **se les autoriza el traslado del 100% del subsidio otorgado a través del Fondo de Solidaridad Pensional y que ha sido transferido a la administradora del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, para que este se asuma como parte del ahorro en BEPS.** (Negrilla y subrayado fuera del texto original).

Acorde con lo anterior, al revisarse el informativo, se encuentra «formulario de solicitud de vinculación y actualización de datos BEPS», suscrito por el actor el 2 de octubre de 2018, «formulario de solicitud de traslado de cotizaciones – programa subsidio aporte en pensión (PSAP) a BEPS», firmado por el demandante con radicación 2018_12429477, se encuentra también carta dirigida al señor Misael por parte de la Directora de Atención y Servicio de Colpensiones de fecha 12 de octubre de 2018, en donde se le informa la solicitud de traslado de los recursos del PSAP a BEPS, además se le efectuó una simulación de posibilidad de pensión y se le indicó el uso de derecho de retracto al que tenía derecho, milita igualmente estado de cuenta del programa BEPS en la que se informa que el actor se vinculó el 2 de octubre de

2018 y «formato de autorización de traslado a BEPS», el cual aparece, así (carpeta 10. Expediente Administrativo- carpeta 1 instancia - exp. digital):



FORMATO AUTORIZACIÓN TRASLADO A BEPS

Señores
COLPENSIONES
Ciudad

Asunto: AUTORIZACIÓN DE GIRO DE RECURSOS POR CONCEPTO DE INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA DE PENSIÓN DE VEJEZ AL PROGRAMA BEPS.

Yo Misael Díaz Cely identificado(a) con C.C. No. 19331874 de Bogotá, de acuerdo con lo señalado en el numeral 8° del artículo 16 del Decreto 604 de 2013, el cual fue modificado por el artículo 5 del Decreto 2983 de 2013, de manera voluntaria y expresa los autorizo, para que los recursos que me correspondieren por concepto de Indemnización Sustitutiva de Pensión de Vejez, sean trasladados al programa de Beneficios Económicos Periódicos –BEPS, al cual me encuentro vinculado.

Atentamente;


Firma de Solicitante



Huella

19331874
No. de Documento

Ciudad: Bogotá

Fecha: 2/10/2018

Teniendo en cuenta lo anterior, es claro que el señor Misael Díaz Cely cotizó al sistema general de pensiones 961, 57 semas, de las cuales solicitó y autorizó el traslado del monto de los aportes realizados en el Programa Subsidio Aporte Pensión – PSAP al Programa de Beneficios Económicos Periódicos –BEPS, traslado que se efectuó el 2 de octubre de 2018. En razón a ello, la liquidación de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez debía realizarse sobre las semanas restantes, tal y como lo hizo la entidad accionada, de manera que le asiste razón al juez de primer grado en cuanto a que no hay lugar a reliquidar la indemnización sustitutiva de vejez otorgada al demandante incluyéndose esos tiempos, pues al haber aceptado voluntariamente el traslado de los recursos que le correspondiere por concepto de indemnización sustitutiva al programa BEPS, tal y como lo contempla la norma previamente señalada, sin haberse retractado de dicha decisión, autorizó a la entidad demandada a no tener en cuenta dichos aportes al momento de solicitarse la indemnización sustitutiva de vejez.

Por lo anterior, se confirmará la decisión de primera instancia.

COSTAS

Sin costas en esta instancia por tratarse del grado jurisdiccional de consulta.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia consultada, proferida por el Juzgado 37 Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones anteriormente expuestas.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada