

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	11001310502620220004601
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	ÁLVARO IVÁN PIEDRAHÍTA LOPERA
DEMANDADO	- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES - ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A.

En Bogotá D. C. a los treinta y un días (31) días del mes de agosto 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 **ÁLVARO IVÁN PIEDRAHÍTA LOPERA** se **declare** la ineficacia o nulidad de su traslado del régimen de prima media con prestación definida (en adelante RPM) al de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS) efectuado con Protección S.A. el día 13 de febrero de 1998, por el incumplimiento al deber de información. Como consecuencia de lo anterior, pretende que se **condene** a Protección S.A. devolver a Colpensiones los valores de su cuenta de ahorro individual; 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 (fº 1 a 16 archivo 01, carpeta 1ª inst. exp. digital), señaló, en síntesis, que nació el 10 de septiembre de 1963; que cotizó al ISS hoy Colpensiones desde el 01 de junio de 1984, hasta el 30 de noviembre de 1997, acumulando un total de 685,43 semanas; que a partir del 01 de febrero de 1998, se hizo efectivo su traslado al RAIS con la AFP Protección S.A.; que al momento

del traslado de régimen el asesor de la AFP le dio una charla de 20 minutos, en la que le indicó que el régimen que más le convendría era el RAIS, que obtendría unos mayores rendimientos que en el RPM, que se podría pensionar a la edad que deseara, que el ISS se liquidaría por lo que podría perder sus ahorros y, en general no efectuó una asesoría profesional, completa, clara, suficiente y oportuna que le permitiera conocer las características, condiciones y riesgos reales de trasladarse al RAIS, así como tampoco los requisitos para acceder a las prestaciones económicas que ofrecía el sistema pensional.

Adujo que, el día 23 de octubre de 2014, fue visitado por un asesor de la AFP con el fin de realizar una reasesoría, pero no se le hizo una revisión de proyecciones o cálculos pensionales a efectos de orientarlo en su decisión de retornar al RPM o de permanecer en el RAIS. Sostuvo que el día 08 de octubre de 2021, radicó derecho de petición ante Protección, en el que solicitó copia del formulario de afiliación, los documentos soporte de la asesoría y el retorno al RPM, petición que fue contestada por la AFP en el sentido de suministrar el formulario, negar el mentado retorno e indicar que no contaba con soportes de la asesoría. Finalmente, mencionó que el día 17 de noviembre de 2021, radicó ante Colpensiones reclamación encaminada a que se nulitara o declarara ineficaz su traslado, la cual fue contestada de forma negativa por esta entidad.

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 que el actor nació el 10 de septiembre de 1963; que a partir del 01 de febrero de 1998, se trasladó del RPM al RAIS con Protección, por medio de la suscripción de formulario de afiliación del 13 de febrero del mismo año; que el día 17 de noviembre de 2021 el demandante radicó ante Colpensiones reclamación encaminada a que se nulitara o declarara ineficaz su traslado, la cual fue contestada de forma negativa por esta entidad. Respecto de los demás hechos indicó 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 e innominada o genérica.

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A.** contestó (f° 1 a 28 archivo 13, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que el actor nació el 10 de septiembre de 1963; que el 20 de octubre de 2021 la entidad dio respuesta a una petición elevada por el demandante en la que suministró el formulario de afiliación, negó retorno al RPM e indicó que no contaba con soportes de la asesoría; que el 23 de octubre de 2014 el demandante fu visitado por un asesor de Protección a efectos de realizar una reasesoría. Respecto de los demás hechos refirió que no eran ciertos o que no le constaban.

Como excepciones de mérito propuso 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 los derechos por fuera del ordenamiento legal, cobro de lo no debido, buena fe, imposibilidad de condena en costas y declaratoria de otras excepciones.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 09 de marzo de 2023 (archivos 21 - 22 carpeta 1ª inst. exp. digital), resolvió:

PRIMERO. DECLARAR ineficaz el traslado efectuado por el demandante ÁLVARO IVÁN PIEDRAHÍTA LOPERA al régimen de ahorro individual con solidaridad, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO. CONDENAR al fondo de pensiones PROTECCIÓN a transferir a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES la totalidad de los aportes realizados por el demandante, junto con sus rendimientos financieros causados, el porcentaje correspondiente a gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y de sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexado y con cargo a sus propios recursos, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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

CUARTO. DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas.

QUINTO. CONDENAR en costas de esta instancia al fondo de pensiones PROTECCIÓN, fijándose como agencias en Derecho la suma de UN MILLÓN DE PESOS (\$1'000.000).

Para fundamentar su decisión, resaltó que ese Despacho antes había sostenido que los procesos en los que se cuestionaba la validez del traslado debían

examinarse por la óptica de los artículos 1741, 1743 y 1750 del Código Civil, concluyendo que el acto de traslado adquiriría firmeza después de haber transcurrido cuatro años desde su realización, por tratarse de una nulidad relativa fundamentada en un vicio del consentimiento. Sin embargo, precisó que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia mediante sentencia SL12136-2014, en virtud de lo previsto los artículos 13 literal b), y 271 de la Ley 100 de 1993, determinó que en estos casos lo que debía analizarse era si el acto jurídico había sido o no eficaz.

Expuso que en ese sentido se debía verificar si la administradora había puesto en conocimiento del afiliado los riesgos que implicaba el traslado, a su vez los beneficios que obtendría, de modo que la entidad debería demostrar que garantizó una decisión informada que permitió una expresión de la voluntad autónoma y consciente, pues no podría existir una decisión libre y voluntaria cuando el afiliado desconocía sobre la incidencia que aquella podía tener frente a sus derechos prestacionales, ni podía entenderse satisfecho ese requisito mediante una manifestación genérica impresa en un formulario de afiliación; que le correspondía a las AFPs dar cuenta de que documentaron de manera clara y suficientemente los efectos que acarrearía el traslado, so pena de declarar ineficaz ese tránsito.

Adujo que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, igualmente ha determinado que el deber de información a cargo de las AFP ha existido desde el momento mismo de su creación con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993; que aunque el mismo ha evolucionado con el transcurrir del tiempo para aumentar su nivel de exigencia, lo cierto era que no se podía desconocer que el mismo siempre ha debido permear las actuaciones de los fondos privados y que su contenido y alcance mínimo consistía en la ilustración de las características, condiciones de acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, por lo que el simple consentimiento vertido en un formulario de afiliación genérico no satisfacía tal deber, cuya demostración estaba a cargo de la AFP.

Refirió que en el caso bajo estudio obraba formulario de afiliación suscrito por el demandante ante la AFP Protección S.A. el 13 de febrero de 1998, el cual daba cuenta simplemente de que el actor suministró sus datos personales y que había plasmado su firma, sin que del mismo se pudiesen extraer las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que se dio el tránsito, ni tampoco la información entregada por la AFP, razón por la cual era necesario acudir a los demás elementos de prueba que no acreditaban que se le hubiese puesto en conocimiento la información idónea para que el traslado fuera eficaz.

Expresó que el actor en su interrogatorio había narrado que el asesor de la AFP le afirmó que el ISS desaparecería y que en el RAIS tendría un rendimiento superior, sin haber recibido explicación sobre las modalidades de pensiones del RAIS, los requisitos para acceder a las prestaciones económicas en cada régimen, el funcionamiento o características de ambos sistemas, razón por la que se debía concluir que la mentada AFP no cumplió con el deber legal de acreditar que efectivamente brindó una asesoría clara suficiente, oportuna y eficaz sobre las características, condiciones, efectos, ventajas y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

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 y 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.

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 el demandante a través de la AFP 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.

En el presente asunto no son materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: *i)* que el señor **ÁLVARO IVÁN PIEDRAHÍTA LOPERA** nació el 10 de septiembre de 1963 (f° - archivo 01 de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); *ii)* que cotizó al ISS entre el 01 de junio de 1984 y el 26 de noviembre de 1997 (f°81 archivo 13 de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); *iii)* que el 13 de febrero de 1998, solicitó el traslado al RAIS con Protección, el cual se hizo efectivo a partir del **01 de abril de 1998** (f°83 archivo 13, de la carpeta 1ª inst. exp. Digital), administradora a la que continúa afiliado.

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 que el actor se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad –**01 de abril 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).

En este sentido, aun cuando en el expediente obra el formulario de solicitud de afiliación de la AFP Protección, de él solo se advierte la fecha de su diligenciamiento, los datos personales y laborales del actor, 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 adocctrinado 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, conforme lo anterior, el a quo ordenó la restitución de tales emolumentos, por lo que se confirmará la sentencia en su

integridad. Se precisa además que tal y como lo previó la Juzgadora, dichos valores deben ser indexados, pues por el transcurso del tiempo han sufrido pérdida del valor adquisitivo, no siendo viable que Colpensiones deba asumirla.

Lo anterior, no genera ningún detrimento ni un desequilibrio para Colpensiones, 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).

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.

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 Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá el 09 de marzo de 2023.

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	11001310502720210019601
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	SAMUEL DÍAZ RIBERO
DEMANDADO	- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES - SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. - ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A.

En Bogotá D. C. a los treinta y un (31) días del mes de agosto 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 **Samuel Díaz Ribero** que se **declare** la nulidad o ineficacia del traslado de régimen de prima media con prestación definida (en adelante RPM) al de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS) realizado a Horizonte S.A.- hoy Porvenir S.A., por el incumplimiento del deber de información, así como de los traslados posteriores que efectuó y que se **declare** que siempre ha estado afiliado al RPM administrado por Colpensiones sin solución de continuidad. Como consecuencia de lo anterior, pretende que se **condene** a Protección S.A. a trasladar a Colpensiones la totalidad del capital acumulado en su cuenta de ahorro individual incluidos los rendimientos; que se **condene** a Colpensiones a aceptar dichos aportes y a registrarlo como afiliado y 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°01- 26 archivo 01, carpeta 1ª inst. exp. digital) señaló, en síntesis, que nació el 04 de octubre de 1953; que desde el inicio de su vida laboral estuvo afiliado al RPM con el ISS hoy Colpensiones; que el día

28 de enero de 2004, firmó formulario de solicitud de traslado al RAIS con la AFP Horizonte S.A. hoy Porvenir S.A., que al momento del traslado de régimen el asesor de la AFP no efectuó una asesoría profesional, completa, clara, suficiente y oportuna que le permitiera conocer las características, condiciones y riesgos reales de trasladarse al RAIS, así como tampoco los requisitos para acceder a las prestaciones económicas que ofrecía el sistema pensional.

Refirió que, posteriormente en febrero de 2017, fue trasladado a la AFP Protección S.A. sin haber recibido ninguna información sobre las características, ventajas y consecuencias de los regímenes pensionales, fondo al que a la fecha de la presentación de la demanda continuaba afiliado.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (f°3-39 archivo 15 carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que el actor nació el 04 de octubre de 1953, que se afilió al RPM con el ISS hoy Colpensiones desde el 14 de septiembre de 1981 hasta el 30 de junio de 1999; que el 19 de febrero de 2010 presentó solicitud de retorno al RPM la cual fue contestada de manera negativa. Respecto de los demás hechos indicó que no le constaban.

Como excepciones de mérito propuso las de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, ratificación de la voluntad de permanencia en el RAIS por existir actos de relacionamiento, 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 26 archivo 08 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 la genérica.

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A.** contestó (f.°3 a 18 archivo 11 carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que el

actor nació 04 de octubre de 1953 y que a la fecha de la presentación de la demanda se encuentra afiliado a Protección S.A. Respecto de los demás hechos indicó que no eran ciertos o que no le constaban.

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 y del Sistema General de Pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y la innominada o genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 01 de marzo de 2023 (archivo 19 carpeta 1ª inst. exp. digital), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado del señor SAMUEL DÍAZ RIBERO del régimen de prima media con prestación definida administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES al de ahorro individual con solidaridad administrado por la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A, efectuado el 01 de marzo de 2004 y el que posteriormente efectuó a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., el 01 de febrero de 2017, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del señor SAMUEL DÍAZ RIBERO, como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, frutos e intereses generados en su cuenta de ahorro individual, sin descontar valor alguno por cuotas de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión mínima, ni primas de seguros previsionales, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A, a devolver los valores descontados de la cuenta de ahorro individual del demandante, mientras estuvo afiliado a esas Administradoras, por concepto de gastos de administración y seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, con cargo a sus propios recursos, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES afiliar nuevamente al señor SAMUEL DÍAZ RIBERO al Régimen de Prima Media con Prestación Definida y recibir las cotizaciones provenientes de la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. y de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones formuladas por las demandadas, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEXTO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A y a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A, al pago de las costas del proceso en la suma de \$1'000.000 como agencias en derecho a cargo de cada una y a favor del demandante.

Para **fundamentar su decisión** sostuvo que en este caso debía partirse de las reglas desarrolladas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en las sentencias SL, 09 sep. 2008 rad. 31989, SL12136-2014, SL19447- 2017, SL1452-2019, SL1421-2019 y SL1467-2021, entre otras. Como presupuestos fácticos indicó que el señor Samuel Díaz Ribero nació el 04 de octubre de 1953; que cotizó en el ISS 1.088,57 semanas entre el 01 de julio de 1980 y el 31 de enero de 2004; que el demandante el 28 de enero de 2004 suscribió formulario de afiliación a la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A., que su ingreso efectivo fue el 01 de marzo de 2004 y que posterior a ello, el actor suscribió un formulario de traslado a Protección S.A. el 16 de diciembre de 2016, afiliación que se hizo efectiva el 01 de febrero de 2017, entidad a la que continuaba afiliado.

Expuso que, la AFP Porvenir S.A. no cumplió con la carga probatoria que le correspondía, de conformidad con la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral, de acreditar la correcta y completa asesoría en el momento en que el demandante solicitó el traslado, por no obrar en el plenario prueba alguna que demostrara que se le hubiese informado sobre los beneficios de trasladarse de régimen y mucho menos sobre sus desventajas, máxime si se tenía en cuenta que el formulario de afiliación con el que se pretendía demostrar el cumplimiento de tal deber resultaba insuficiente para tal efecto.

Manifestó que, frente al deber de información de las administradoras, la jurisprudencia ha establecido que el mismo debía garantizar que el afiliado, al momento de trasladarse, hubiese expresado un consentimiento informado para tomar una decisión libre y voluntaria, prerrogativa que debía cumplirse con independencia de que el afiliado fuera o no beneficiario del régimen de transición y que, el incumplimiento de este deber generaba la ineficacia del traslado, debido a que afectaba la validez del acto jurídico de cambio de régimen en sí mismo.

Concluyó que las AFPs Protección S.A. y Porvenir S.A. incumplieron de manera notoria sus obligaciones y vulneraron los principios mínimos de transparencia que debían gobernar las afiliaciones a los regímenes pensionales, por lo que, declaró la ineficacia de los traslados del demandante y, en consecuencia, dejó sin efecto alguno su afiliación al RAIS. Adicionalmente, condenó a Protección S.A. a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiese recibido con ocasión de la afiliación del actor junto con los frutos e

intereses, los rendimientos que se hubiesen causado, sin descontar valor alguno por comisiones y gastos de administración y con cargo a sus propios recursos, correlativamente, condenó a Colpensiones a afiliarse nuevamente a la actora.

Adujo que, atendiendo las mismas razones expuestas con precedencia, se condenaría también a Porvenir S.A. a devolver los valores descontados de la cuenta de ahorro individual del demandante, mientras estuvo afiliado a esa administradora por concepto de gastos de administración y seguros previsionales, lo cual se haría con cargo a sus propios recursos, con fundamento en las facultades ultra y extra petita y en aras de garantizar el principio de sostenibilidad financiera del sistema de pensiones.

Finalmente, sobre la excepción de prescripción señaló que en este caso no operaba debido a que los derechos pensionales tenían carácter de imprescriptibles, cuestión que además ya había sido decantada por la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES presentó recurso de apelación, solicitando que se revocara integralmente la sentencia. Para tal efecto refirió que no desconocía la existencia del precedente jurisprudencial definido por la Corte Suprema de Justicia en casos similares al presente, sin embargo, refirió que en este caso no era procedente la declaratoria de ineficacia, debido a que el actor suscribió los formularios de afiliación que obraban en el plenario de manera libre y voluntaria, ya que, conforme lo indicó en su interrogatorio, él firmó tales documentos después de haberlos leído, por lo que conocía las implicaciones del acto que desarrolló.

Resaltó que, el demandante realizó un traslado horizontal entre administradoras del RAIS, lo que permitía inferir que ratificó su deseo de continuar afiliado a ese régimen, conforme lo había considerado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias CSJ SL4934-2022 y SL1061-2021; que el demandante con ocasión del traslado horizontal contó con dos oportunidades para solicitar información sobre su estado pensional, circunstancia que dejó librada al azar y que tal acto negligente no se podía achacar a Colpensiones; que la decisión del a quo afectaba la sostenibilidad fiscal de esta entidad, toda vez que los dineros de la misma no eran suficientes para financiar las pensiones de las personas afiliadas y mucho menos para solventar las de aquellas que llevaban más de 10 años sin cotizar al régimen, como en este caso.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación presentado por Colpensiones, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta entidad 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, así como el traslado horizontal posterior efectuado a Protección S.A. y si, como consecuencia de ello, hay lugar a ordenar a las AFPs retornar 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 **SAMUEL DÍAZ RIBERO** nació el día 04 de octubre de 1953 (f° 27, archivo 01 de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); *ii)* que cotizó al RPM con el ISS desde el 01 de julio de 1980 hasta el 31 de enero de 2004, acumulando un total de 1088,57 semanas (archivo 10 de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); *iii)* que el 28 de enero de 2004 a través de formulario de afiliación solicitó ante Horizonte – hoy Porvenir S.A. el traslado al RAIS, el cual se hizo efectivo a partir del **01 de marzo de 2004** (f° 92 archivo 08 de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); y *iv)* que el 19 de diciembre de 2016, a través de formulario de afiliación efectuó un traslado horizontal a Protección S.A., el cual se hizo efectivo a partir del **01 de febrero de 2017** (f° 34 archivo 11 de la carpeta 1ª inst. exp. Digital), administradora a la que continúa afiliado.

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, el 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 disfavor 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 SL2611-2020, 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 el accionante se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad –**01 de marzo de 2004** -, 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 obran formularios de solicitud de afiliación a Horizonte S.A. – hoy Porvenir S.A. y a Protección S.A., de ellos 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 de los mismos pueda concluirse que dichas AFPs cumplieron 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 bien, del interrogatorio de parte rendido por el demandante, advierte la Sala que no se desprende confesión alguna en los términos del artículo 191 del CGP, que permita acreditar que en efecto, la gestora del traslado de régimen, esto es Porvenir, haya dado cumplimiento al deber de información que le asistía, pues no se encuentra que al

actor se le hubiese advertido sobre las implicaciones del acto de traslado, sobre sus riesgos y mucho menos acerca de las desventajas de pertenecer al RAIS, entre ellas, la advertencia de que sus rendimientos están sometidos al comportamiento del mercado, por lo que es claro que la información suministrada al afiliado estuvo lejos de ser cierta y transparente. En este sentido, no es recibo el reparo que sobre el particular formuló Colpensiones.

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-, 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.** (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.

Por ello, se despachará desfavorablemente el reparo que sobre el particular efectuó Colpensiones, precisando que las sentencias que fueron citadas al sustentar su recurso no se atemperan con la posición actual de la Corte Suprema de Justicia, tal y como se dejó sentado con la providencia precitada.

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 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 precisa que el a quo ordenó en debida forma tales devoluciones respecto de Protección S.A., sin embargo, frente a Porvenir S.A. omitió ordenar el retorno de las deducciones efectuadas por concepto de aportes al fondo de pensión de garantía mínima, junto con la correspondiente 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 Porvenir S.A. 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 el actor 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 asumir esta pérdida; de otro lado, pese a que la cuenta de ahorro individual del 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 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

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 apelada y consultada, proferida por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en el sentido de **ORDENAR** a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR 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 el demandante en esta AFP.

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	11001310502820190039601
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	JANETH RUIZ MENDIVELSO
DEMANDANDO	ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES COLFONDOS S.A.

En Bogotá D. C. a los treinta y un (31) días del mes de agosto 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 Janeth Ruiz Mendivelso se **condene** a Colfondos S.A. al reconocimiento y pago de la sustitución pensional en su condición de cónyuge supérstite, por muerte de su esposo Alexander Moreno Sánchez; al pago de las mesadas causadas según el monto de la cotización, que corresponde a \$828.116, más la indexación; los gastos funerarios y costas procesales (fº 6 - exp. físico).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fº 2 a 4 y 62 a 67, exp. digital), señaló en síntesis que, el señor Alexander Moreno Sánchez falleció el 21 de noviembre de 2017, como consecuencia de un trauma contundente en accidente de tránsito que no

fue posible que saliera adelante en su salud; que antes de su deceso venía cotizando para efectos de adquirir derecho a la pensión en el RAIS, en la modalidad de retiro programado; que durante el período de cotización lo hizo como trabajador de la empresa Hoteles Estelar y Hotel Bogotá Plaza.

Narró que, el causante la incluyó como beneficiaria en su condición de cónyuge; que juntos constituyeron una sociedad conyugal que duró hasta la muerte del señor Alexander Moreno; que su matrimonio fue debidamente registrado bajo el indicativo serial No. 5574136 en la Registraduría de Paipa – Boyacá, el día 21 de agosto de 2012; que procrearon a los menores Sebastián Camilo Moreno Ruiz y Andrés Moreno Ruiz.

Agregó que, adelantó el trámite de reconocimiento de sustitución pensional ante Colfondos S.A. en su doble condición de beneficiaria y cónyuge supérstite, la cual fue negada mediante respuesta del 5 de marzo de 2018; que la razón por la cual se negó el reconocimiento pensional se debió a que no se tenía certeza respecto del cumplimiento del requisito de convivencia hasta la fecha de fallecimiento del causante.

Precisó que, si bien era cierto que el señor Alexander Moreno en el momento del accidente que le ocasionó su deceso se encontraba en la ciudad de Bogotá, lo fue por motivos laborales y no porque se encontrarán separados.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES COLFONDOS S.A.** contestó la demanda (f° 86 a 99, exp. físico), oponiéndose a las pretensiones de la misma. En cuanto a los hechos, aceptó fecha de fallecimiento del causante, afiliación y cotizaciones a dicho fondo por parte del causante al momento del deceso y causa del fallecimiento; en relación a los otros hechos, dijo no ser ciertos los numerales 2, 10 y 11, y no constarle los demás.

Propuso como excepciones de fondo, las de cobro de lo no debido, enriquecimiento sin justa causa, la no configuración del derecho al pago de intereses moratorios, buena fe, innominada o genérica, compensación, pago y prescripción

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 26 de octubre de 2021 (CD f° 108, acta f° 109 a 110, exp. Físico), resolvió:

PRIMERO: RECONOCER a la señora JANETH RUIZ MENDIVELSO identificada con C.C. 1.070.943.934, como beneficiaria de la pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento del señor ALEXANDER MORENO SÁNCHEZ (q.e.p.d).

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada COLFONDOS S.A. para que reconozca y pague a favor de la señora JANETH RUIZ MENDIVELSO ya identificada de forma vitalicia, a partir del 22 de noviembre de 2017, en proporción del 50% de la mesada pensional por trece mesadas al año. Las sumas que se reconozcan deberán ser indexadas al momento del pago.

TERCERO: AUTORIZAR a COLFONDOS S.A. para que descuenta del retroactivo a que tiene derecho la demandante, el porcentaje que en derecho corresponde, a los aportes pertinentes con destino al Sistema de Seguridad Social en Salud.

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

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

SEXTO: COSTAS a cargo de la demandada. Inclúyase la suma de \$600.000 por agencias en derecho.

Para fundamentar su decisión, sostuvo la *a quo* que teniendo en cuenta que el deceso del causante había ocurrido el 21 de noviembre de 2017, el derecho debía resolverse bajo los requisitos previstos en el artículo 13 de la Ley 797 del año 2003, el cual modificó los artículos 47 y 74 de la ley 100 de 1993, por ser esta la normativa vigente; paso seguido, trajo a colación la sentencia CSJ SL, 24 ene. 2012, rad.41637, reiterada en las sentencias CSJ SL2232-2019 y SL1869 de 2020, aduciendo que en las mismas se indicaba que la cónyuge o compañera permanente debían demostrar convivencia con el causante por un lapso no inferior a 5 años, en el caso de la cónyuge

que no se hubiera divorciado legalmente y en el caso de la compañera permanente que la convivencia permaneciera hasta el momento del fallecimiento.

Posteriormente, indicó que se encontraba demostrado en el proceso que entre el causante y demandante había existido un vínculo matrimonial desde el 12 de noviembre de 2011; que de esa unión se habían procreado dos hijos quienes para la fecha de la muerte del causante eran menores de edad, sostuvo que revisado el oficio por medio del cual COLFONDOS S.A. había resuelto la solicitud pensional se tenía que el fundamento de su decisión se había basado en la información entregada por SEGUROS BOLÍVAR S.A., en la que señaló que no existía certeza absoluta respecto del cumplimiento del requisito de convivencia, toda vez que no se veía de manera efectiva hasta la fecha del fallecimiento del causante, según lo informado por la actora, quien había dicho que la convivencia con el señor Alexander Moreno había sido hasta el mes de febrero del año 2017.

La Juez hizo un recuento sobre la prueba testimonial, concluyendo que la señora Janeth Ruiz Mendivelso y el causante convivieron inicialmente en unión marital de hecho a partir del año 2006, fecha en que nació su primer hijo, tal y como constaba del registro civil de nacimiento, para el 12 de noviembre de 2011, contrajeron matrimonio por el rito católico como se acreditaba del registro civil de matrimonio; que durante el vínculo matrimonial la señora Janeth Ruiz Mendivelso se dedicó a las labores del hogar y esporádicamente realizaba oficios varios para particulares con los que conseguía algún ingreso adicional, quedando demostrado que durante el tiempo de la relación quien se encargaba de la provisión económica era el señor Alexander Moreno Sánchez.

Acotó que, a fin de determinar si la relación se había mantenido vigente para la fecha del fallecimiento, se tenía que de lo declarado por los testigos a pesar de que no habían sido concordantes con el tiempo en que estuvo el causante en la ciudad de Bogotá antes de su fallecimiento, coincidían en señalar que quien respondía por el hogar era el causante y que la razón de su traslado había obedecido a la búsqueda de mejores oportunidades laborales para el bienestar de toda su familia, con lo cual se podía concluir que si bien la pareja se encontraba separada por razones laborales, ello no

implicaba la desintegración de la institución familiar, pues los mismos deponentes habían asegurado que el causante continuaba aportando para el sustento de la casa y visitando a su familia en Paipa – Boyacá.

En relación a lo anterior, consideró la falladora que a la demandante le asistía derecho al reconocimiento pensional en el 50% de la mesada pensional desde el 22 de noviembre del año 2017, día siguiente del fallecimiento de causante, al no haber operado el fenómeno jurídico de la prescripción.

RECURSO DE APELACIÓN

COLFONDOS S.A. interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia, argumentando que la actora no cumplió con los requisitos establecidos en el literal a), artículo 13, de la ley 797 de 2003, por cuanto no demostró convivencia con el causante mínimo 5 años previos su fallecimiento, tal como constaba de las pruebas documentales y testimoniales, así como las practicadas dentro del proceso de investigaciones realizada por SEGUROS BOLÍVAR, trajo como referencias varias sentencias emitidas por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre ellas, CSJ SL, 20 may.2008, rad.32393.

Arguyó también, que de conformidad con la sentencia SU 149-2021, se había establecido por parte de la Corte Constitucional que para acceder al derecho pensional tanto de la cónyuge como de la compañera permanente se debía acreditar 5 años de convivencia independientemente si el causante era un afiliado o un pensionado, aspecto que había pasado por alto la sentenciadora de primera instancia.

De otro lado, solicitó que en caso de confirmarse la decisión se revisará lo relacionado con la indexación, teniéndose en cuenta que la entidad ha actuado conforme a la ley y a la jurisprudencia, y contrario a lo manifestado por el juzgado, la indexación era un mecanismo consagrado por el legislador para aquellos criterios u obligaciones que no contarán con otros medios de actualización legal; que en el presente caso el artículo 14 de la ley 100 de 1993, establece el reajuste de las pensiones para que

mantengan su valor adquisitivo constante, por lo cual no podía pretenderse que se reconociera incrementos sobre el incremento.

CONSIDERACIONES

La Sala, en atención al principio de consonancia establecido en el artículo 66-A del CPTSS, resolverá el recurso en estricto sentido a lo que fue materia de alzada, acorde con las inconformidades planteadas por el apelante.

En el presente asunto no es materia de controversia los siguientes supuestos fácticos: **i)** que el señor Alexander Moreno Sánchez falleció el 21 de noviembre de 2017 (f° 8, exp. físico); **ii)** que la señora Janeth Ruiz Mendivelso contrajo matrimonio con el causante el día 12 de noviembre de 2011 (f° 5, exp. físico); **iii)** que juntos procrearon dos hijos, Sebastián Camilo Moreno Ruiz, quien nació el 19 de mayo de 2006 y Diego Andrés Moreno Ruiz, quien nació el 3 de julio de 2015 (f° 12 y 13, exp. físico); **iv)** que Colfondos S.A. a través de escrito de fecha 5 de marzo de 2018, bajo el radicado No. BP-R-I-L-27154-03-18, resolvió la solicitud de reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, estableciendo que el afiliado Alexander Moreno Sánchez cumplía con el requisito de 50 semanas de cotización establecido en el numeral 2, artículo 46 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, asimismo le reconoció la prestación a favor de los menores en un 25% a cada uno, dejando el 50% restante en suspenso hasta tanto la justicia ordinaria dirimiera el conflicto existente (f°9 a 17, exp. físico).

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los antecedentes dados, procede esta Sala a: **i)** determinar si la demandante acreditó el requisito de convivencia con el afiliado fallecido dentro de los 5 años anteriores al deceso; y **ii)** si hay lugar a que los valores de las condenas sean debidamente indexados.

PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES

Empieza la Sala por referir que, tratándose del estudio del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, la norma aplicable es la vigente a la fecha del fallecimiento del afiliado o pensionado que, para el caso concreto, tuvo ocurrencia el 21 de noviembre de 2017, de manera que la disposición que en principio gobierna tal situación pensional, es el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, que puntualmente establece:

ARTÍCULO 47. BENEFICIARIOS DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES. <Expresiones "compañera o compañero permanente" y "compañero o compañera permanente" en letra itálica **CONDICIONALMENTE** **exequibles**>

<Artículo modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

a) *En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte;*

b) *En forma temporal, el cónyuge o la compañera permanente supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga menos de 30 años de edad, y no haya procreado hijos con este. La pensión temporal se pagará mientras el beneficiario viva y tendrá una duración máxima de 20 años. En este caso, el beneficiario deberá cotizar al sistema para obtener su propia pensión, con cargo a dicha pensión. Si tiene hijos con el causante aplicará el literal a).*

Si respecto de un pensionado hubiese un compañero o compañera permanente, con sociedad anterior conyugal no disuelta y derecho a percibir parte de la pensión de que tratan los literales a) y b) del presente artículo, dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.

<Aparte subrayado **CONDICIONALMENTE** **exequible**> En caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una compañera o compañero permanente, la beneficiaria o el beneficiario de la pensión de sobreviviente será la esposa o el esposo. Si no existe convivencia simultánea y se mantiene vigente la unión conyugal pero hay una separación de hecho, la compañera o compañero permanente podrá reclamar una cuota parte de lo correspondiente al literal a en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco años antes del

fallecimiento del causante. La otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente;

c) <Apartes tachados INEXEQUIBLES> Los hijos menores de 18 años; los hijos mayores de 18 años y hasta los 25 años, incapacitados para trabajar por razón de sus estudios y si dependían económicamente del causante al momento de su muerte, siempre y cuando acrediten debidamente su condición de estudiantes ~~y cumplan con el mínimo de condiciones académicas que establezca el Gobierno~~; y, los hijos inválidos ~~si dependían económicamente del causante, esto es, que no tienen ingresos adicionales~~, mientras subsistan las condiciones de invalidez. Para determinar cuando hay invalidez se aplicará el criterio previsto por el artículo 38 de la Ley 100 de 1993;

[...]

Respecto de los requisitos exigidos a la cónyuge de un afiliado fallecido, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia CSJ SL1730-2020, precisó:

*En este punto resulta necesario precisar, que conforme al análisis hasta aquí efectuado, de lo dispuesto en el **literal a)** del art. 13 de la Ley 797 de 2003, para ser considerado beneficiario de la pensión de sobrevivientes, en condición de cónyuge o compañero o compañera permanente supérstite del afiliado al sistema que fallece, no es exigible ningún tiempo mínimo de convivencia, toda vez que con la simple acreditación de la calidad exigida, cónyuge o compañero (a), y la conformación del núcleo familiar, con vocación de permanencia, vigente para el momento de la muerte, se da cumplimiento al supuesto previsto en el literal de la norma analizado, que da lugar al reconocimiento de las prestaciones derivadas de la contingencia, esto es, la pensión de sobrevivientes, o en su caso, la indemnización sustitutiva de la misma o la devolución de saldos, de acuerdo al régimen de que se trate, y el cumplimiento de los requisitos para la causación de una u otra prestación.* (Negrilla y subrayado fuera el texto original).

La Corte Constitucional en sentencia SU149-2021, se pronunció sobre el tema dejando sin valor y efecto la providencia anteriormente citada, al considerar que la Corte se configuró un defecto sustantivo por interpretación irrazonable del precepto legal aplicable al caso analizado, al haber desplegado una interpretación errónea del artículo 47, literal a) de la Ley 100 de 1993, la cual no se encontraba conforme con el principio de igualdad, además de que contradecía los principios constitucionales y conducía a resultados desproporcionados respecto de la desprotección del grupo familiar ante reclamaciones pensionales ilegítimas y en relación con la finalidad de la pensión de sobrevivientes, así como también se había desconocido el principio de sostenibilidad financiera del sistema, señalando:

La Sala encontró que la acción de tutela cumplió todos los requisitos generales de procedencia del amparo constitucional contra providencias judiciales proferidas por las Altas Cortes. Al analizar el asunto de fondo, concluyó que, en efecto, la providencia emitida por la Corte Suprema de Justicia incurrió en violación directa de la Constitución, desconocimiento del precedente de la Corte Constitucional y en defecto sustantivo.

Sobre la violación directa de la Constitución, la Sala sostuvo que se desconoció el principio de igualdad con la interpretación del requisito de convivencia previsto en el artículo 13 de la Ley 797 de 2003. La distinción introducida por la Corte Suprema de Justicia, al disponer que la exigencia al cónyuge o la compañera o compañero permanente de acreditar el mínimo de cinco años de convivencia anteriores al fallecimiento del causante solo era aplicable cuando estos fueran pensionados, mas no en el caso de los afiliados, no armoniza con los propósitos de la pensión de sobrevivientes ni con los del requisito de convivencia. Así mismo, esa diferenciación carece de una justificación objetiva que atienda al principio de igualdad, por lo que resulta arbitraria.

La violación directa de la Constitución también se presentó por desconocimiento del principio de sostenibilidad financiera del sistema pensional. Este precepto se desconoce cuando se reconocen derechos pensionales sin el cumplimiento de los requisitos legales vigentes. Esto ocurrió en el presente caso al dejar en firme la providencia que ordenó el reconocimiento pensional a la compañera permanente, pese a no demostrar la convivencia de cinco años exigida en la ley. A esta razón se suma, que la regla sentada por la Corte Suprema de Justicia incrementaría en un número importante el número de personas que se harían acreedoras de la pensión de sobrevivientes en forma vitalicia y el pasivo pensional aumentaría en 461% según estimaciones aportadas por el Ministerio de Hacienda en sede de revisión. Así, al no tenerse en cuenta el requisito de convivencia de la peticionaria con el afiliado, se omite el criterio de distribución de recursos escasos que es necesario para evitar una afectación desproporcionada a las finanzas del Sistema General de Pensiones, lo que redundaría en la vulneración de los principios de universalidad y sostenibilidad financiera.

Asimismo, la Sala Plena determinó que en la decisión de la Sala de Casación Laboral se configuró un defecto sustantivo por interpretación irrazonable del precepto legal aplicable al caso analizado. Sostuvo que la lectura acogida por la Corte Suprema de Justicia partía de una hermenéutica plausible del artículo 47, literal a) de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003. No obstante, en concordancia con lo expuesto sobre la violación directa de la igualdad y la sostenibilidad financiera del sistema pensional, dicha interpretación contradecía principios constitucionales y conducía a resultados desproporcionados respecto de la desprotección del grupo familiar ante reclamaciones pensionales ilegítimas y en relación con la finalidad de la pensión de sobrevivientes, que es amparar a la familia del fallecido.

*Por último, para verificar la configuración del desconocimiento del precedente, la Sala determinó que el precedente aplicable en la materia es la **Sentencia SU-428 de 2016**^[156]. La Sala de Casación Laboral se apartó indebidamente de esa decisión pues no cumplió con las cargas de transparencia y suficiencia de la argumentación. No mencionó explícitamente su apartamiento del precedente fijado por la Corte Constitucional ni mucho menos expuso en forma adecuada las razones por las cuales su postura divergente garantizaba de mejor modo los principios y valores*

constitucionales involucrados. Esto a pesar de que se trataba de un fallo de unificación que determinaba, con carácter vinculante, el contenido y alcance del derecho a la seguridad social ante el problema jurídico materia de decisión en el asunto de la referencia.

Por todo lo expuesto, la Sala revocará la sentencia del 25 de agosto de 2020, proferida por la Sala de Decisión de Tutelas No. 1 de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia que negó el amparo solicitado por Positiva S.A. En su lugar, concederá el amparo de los derechos fundamentales de la entidad accionante por las razones expuestas en esta providencia. En consecuencia, dejará sin efectos la sentencia del 3 de junio de 2020, adoptada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la cual decidió no casar el fallo de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín emitido el 28 de septiembre de 2016, dentro del proceso ordinario laboral promovido por Luz Yaned Ramírez Ruiz contra Positiva S.A. Asimismo, ordenará a la Sala de Casación Laboral que adopte un nuevo fallo en un plazo razonable^[157] conforme a los principios constitucionales y lineamientos explicados en esta providencia.

Luego, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral emitió un nuevo pronunciamiento sobre el asunto a través de la sentencia CSJ SL5270-2021, en la cual estableció sus argumentos por los cuales se apartaba del precedente constitucional anteriormente mencionado, arguyendo:

[...]Conviene advertir que, aunque aparentemente la diferenciación implícita en la disposición analizada surge discriminatoria, a la luz de lo dispuesto en el art. 13 de la CP ello no puede entenderse así, por cuanto la igualdad solo puede predicarse entre iguales, debiendo justamente establecerse para salvaguardar ese principio, la diferencia de trato entre desiguales.

En este caso, el elemento diferenciador lo constituye la condición en la que se encuentra el asegurado causante de la prestación, de un lado, el afiliado que está sufragando el seguro para cubrir los riesgos de invalidez, vejez y muerte, que no tiene un derecho pensional consolidado, pero se encuentra en construcción del mismo, y para dejar causada la pensión de sobrevivientes requiere el cumplimiento de una densidad mínima de cotizaciones prevista en la ley.

Por otra parte, el pensionado, que con un derecho consolidado, deja causada la prestación a los miembros de su núcleo familiar con el solo hecho de la muerte, circunstancia en la que adquiere relevancia la exigencia de un mínimo de tiempo de convivencia, se itera, para evitar fraudes al sistema pensional, proteger su núcleo familiar de reclamaciones artificiosas y contener conductas dirigidas a la obtención injustificada de beneficios económicos del Sistema, cuya sostenibilidad debe salvaguardarse de tales actuaciones, precisamente para que sea posible el cumplimiento de los fines para los cuales fue previsto.

Finalmente, resulta necesario precisar, que la sentencia CSJ SL1730-2020, en la que se fijó inicialmente el criterio en el que se insiste en esta nueva oportunidad, fue dejada sin efectos mediante la sentencia CC SU-149-2021, proferida por la Sala Plena de la Corte

Constitucional, empero, esta Sala especializada se aparta de lo razonado en esa providencia, a la que se dio cumplimiento mediante sentencia CSJ SL4318-2021, por las razones allí esbozadas, que se traen nuevamente a colación, para cumplir con la carga de transparencia, exponiendo con precisión y suficiencia los argumentos de índole jurídico, por los que se aparta del precedente constitucional referido.

Para esta Sala, en ninguna interpretación irrazonable ni desproporcionada del literal a) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003 se incurrió en la decisión que se dejó sin efectos por la Corte Constitucional, ni en esta que reafirma el mismo criterio; por el contrario, la intelección dada se acompasa perfectamente con los supuestos establecidos en la disposición en comento, y más aún, con la clara finalidad del legislador al prever las condiciones para ser beneficiario de la pensión de sobrevivientes, en calidad de cónyuge o de compañero (a) permanente, de afiliado (a) o de pensionado (a), y la protección de su núcleo familiar, sin que se produzcan los resultados desproporcionados aducidos, respecto a la finalidad de la pensión de sobrevivientes, ni se esté en contraposición con el principio de sostenibilidad financiera del sistema, que valga acotar, en materia de pensión de sobrevivientes tiene un alcance y naturaleza distinta.

Lo anterior, si se tiene en cuenta que esta prestación, así como la de invalidez, se financia en el sistema pensional, no solo con los aportes de los afiliados, sino con la suma adicional a cargo de las aseguradoras, en el régimen de ahorro individual, por el seguro previsional; con la reserva pensional para ese efecto, del fondo común en el régimen de prima media; y, en el sistema de riesgos profesionales, la financiación está dada por las normas propias de los seguros, en virtud de la ocurrencia de los respectivos siniestros.

Es por ello, que la decisión no tendría la virtualidad de afectar la sostenibilidad financiera del sistema pensional, menos aún la sostenibilidad fiscal, que como lo recordó el alto Tribunal Constitucional difiere de aquel principio, puesto que está dirigido a reducir el déficit fiscal, esto es, la brecha entre el ingreso y el gasto público, y en sus palabras «no puede servir de fundamento para el menoscabo de los derechos fundamentales, la restricción de su alcance o la omisión en su protección» (CC SU-149-2021), resultando por el contrario relevante, para cumplir los fines propios del Estado Social y Democrático de derecho.

Y, en manera alguna se violentó el principio de igualdad, tal como expresamente se analizó con anterioridad, en tanto que, como lo ha precisado de manera reiterada la misma Corte Constitucional, ésta solo puede predicarse entre iguales, y la diferenciación establecida por el legislador, encuentra plena justificación en las discrepancias entre uno y otro supuesto, persiguiendo una finalidad que esa misma Corporación consideró legítima en la sentencia CC C-1094-2003, al analizar la constitucionalidad de la regulación que la consagra, declarando en esa oportunidad la exequibilidad de la disposición.

Tampoco se desconoció el precedente constitucional en la sentencia que se dejó sin efectos, pues se itera, no evidencia esta Sala un verdadero acierto en la afirmación efectuada respecto a que, en la sentencia CC SU-428-2016, se fijó una regla jurisprudencial aplicable al caso, esto es, de convivencia mínima de cinco años tratándose de muerte de pensionado o de afiliado, tema al que se hizo referencia de manera tangencial, entre los otros que fueron puestos a consideración del órgano de cierre constitucional, advirtiéndose al respecto la necesidad de ser miembro del grupo familiar del causante al momento de su muerte, y de la convivencia real y efectiva, para lo cual se remitió al precedente de esta Corporación, sin que esa consideración riña con la precisión jurisprudencial que fuera invalidada.

En todo caso, tal decisión constitucional lo que hace es adaptar las consideraciones de las providencias CC C-336-2014 y CC C-1176-2001, como justificación de ese mínimo tiempo de convivencia, mediante la cita de apartes que se encuentran referidos específicamente a la protección del pensionado y su familia, sin análisis y justificación alguna respecto de la extensión de tales exigencias para cuando muere un afiliado al sistema pensional, caso en el que el legislador no previó ese mínimo.

Y es de ahí justamente, de donde se deriva que, en verdad, no constituye el precedente específicamente aplicable, ni podía dar lugar al defecto sustantivo por su desconocimiento, ni a la imputación de incumplimiento de las cargas de transparencia y argumentativa, en tanto que la precisión jurisprudencial justamente se sustentó en las consideraciones de la Corte Constitucional en asuntos y materias que sí guardan estrecha identidad con la que fue objeto de debate, atendiendo particularmente a las argumentaciones expuestas en la sentencia de constitucionalidad, que analizó el mencionado requisito y la diferenciación legislativa legítima prevista, por lo que forzoso es concluir que, el único precedente aplicable en la materia, lo constituye ahora si la sentencia CC SU-149-2021, de la que se aparta esta corporación.

La totalidad de razones expuestas, son más que suficientes para la modificación del criterio jurisprudencial, que hoy se reproduce, frente a la interpretación adecuada de lo dispuesto en el literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, lo que resulta constitucional y legalmente válido, dentro del marco de las competencias de esta Sala, en su función de unificación de la jurisprudencia laboral, de conformidad con lo dispuesto en el art. 16 de la Ley 270 de 1996 y 235 de la CP, con sus modificaciones.

Este último criterio que es el que actualmente tiene por sentada la alta Corporación de cierre de la Jurisdicción Ordinaria Laboral, referente al requisito de convivencia de la cónyuge o compañera permanente del afiliado fallecido, fue reiterado en sentencia CSJ SL 3948-2022, en la cual dijo:

*En tal entendido, para la Sala, el juzgador de segundo grado incurrió en el desatino que le enrostra la recurrente, ya que, en efecto, como lo advierte la censura, **esta Corporación revaluó el criterio según el cual la convivencia mínima de 5 años para ser beneficiario de la pensión de sobrevivientes, de cónyuge o compañero o compañera permanente, era exigible con independencia de si el causante era un afiliado o un pensionado, acorde con lo dispuesto en el literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, pues, esta Corporación luego de analizar minuciosa y detenidamente el citado supuesto normativo, en armonía con los pronunciamientos efectuados en sede de constitucionalidad referidos a la norma aludida, concluyó, sin dubitación alguna, que su intelección adecuada, la que se acompasa con la Constitución y el espíritu de la ley, así como con los fines y principios del Sistema Integral de Seguridad Social, y en particular, del Sistema Pensional, «lleva a concluir que, en caso de muerte de afiliado, no fue previsto por el legislador un requisito de tiempo mínimo de convivencia, para que cónyuge o compañero o compañera permanente, ostenten la condición de beneficiario de la pensión de sobrevivientes», dado que tal requisito, también se consideró, «solo fue instituido para el caso de muerte del pensionado», por motivos que resultan constitucionalmente válidos conforme al análisis realizado por la misma Corte***

Constitucional. (CSJ SL5270-2021).

Ahora bien, no puede pasarse por alto que la H. Corte Constitucional se pronunció sobre este tema, en particular, en la sentencia SU149-2021, donde dispuso dejar sin efectos la sentencia CSJ SL1730-2020, emitida por esta Corporación, al considerar ese órgano colegiado que en la decisión de la Sala de Casación Laboral «se configuró un defecto sustantivo por interpretación irrazonable del precepto legal aplicable al caso analizado», sosteniendo a su vez, «que la lectura acogida por la Corte Suprema de Justicia partía de una hermenéutica plausible del artículo 47, literal a) de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003». No obstante que, «dicha interpretación contradecía principios constitucionales y conducía a resultados desproporcionados respecto de la desprotección del grupo familiar ante reclamaciones pensionales ilegítimas y en relación con la finalidad de la pensión de sobrevivientes, que es amparar a la familia del fallecido».

Aunado a lo anterior, la Corte Constitucional señaló, en la citada providencia, que la Sala de Casación Laboral se había apartado indebidamente del criterio constitucional al no haber cumplido con las cargas de transparencia y suficiencia de la argumentación en la nueva postura al no mencionar explícitamente su apartamiento del precedente fijado por la Corte Constitucional ni haber expuesto en forma adecuada las razones por las cuales su postura divergente garantizaba de mejor modo los principios y valores constitucionales involucrados.

Por tanto, atendida la necesidad de emitir un nuevo pronunciamiento, dentro un caso de matices similares al que promovió el cambio de postura, esta Sala procedió a dictar la sentencia CSJ SL5270-2021, donde expuso con precisión y suficiencia los argumentos de índole jurídico por los cuales se apartaba del precedente constitucional referido, expresando de la siguiente manera los fundamentos primordiales de la postura sostenida:

[...]

Los argumentos referidos hasta aquí, permiten afirmar que, en el presente caso, el juez de segundo grado incurrió en los yerros jurídicos que se le endilgan, al haber interpretado equivocadamente que para acceder a la pensión de sobrevivientes generada por la muerte de un afiliado era menester demostrar por su causahabiente, una convivencia en pareja no inferior a 5 años anteriores a la muerte del causante. (Negrilla y subrayado fuera del texto original).

Ahora, respecto de las parejas que no viven bajo el mismo techo, en la sentencia CSJ SL1399- 2018, reiterada en sentencia SL SL3813-2020 y recientemente en la sentencia SL913-2023, se indicó:

En similar sentido, la jurisprudencia laboral ha sostenido que la convivencia debe ser evaluada de acuerdo con las peculiaridades de cada caso, dado que pueden existir eventos en los que los cónyuges o compañeros no cohabiten bajo el mismo techo, en razón de circunstancias especiales de salud, trabajo, fuerza mayor o similares, lo cual no conduce de manera inexorable a que desaparezca la comunidad de vida de la pareja si notoriamente subsisten los lazos afectivos, sentimentales y de apoyo, solidaridad,

acompañamiento espiritual y ayuda mutua, rasgos esenciales y distintivos de la convivencia entre una pareja y que supera su concepción meramente física y carnal de compartir el mismo domicilio.

En efecto, en sentencia SL14237-2015, reiterada en SL6519-2017, la Corte reivindicó este criterio en los siguientes términos:

Y es que, ciertamente, en sentencia CSJ SL, 10 may. 2007, rad. 30141, la Corte Suprema trajo a colación varios apartes jurisprudenciales de la noción de convivencia, recalcando que no es el simple hecho de la residencia en una misma casa lo que la configura, sino otras circunstancias que tienen que ver con la continuidad consciente del vínculo, el apoyo moral, material y efectivo y en general el acompañamiento espiritual permanente que den la plena sensación de que no ha sido la intención de los esposos finalizar por completo su unión matrimonial, sino que por situaciones ajenas a su voluntad que en muchos casos por solidaridad, familiaridad, hermandad y diferentes circunstancias de la vida, muy lejos de pretender una separación o ruptura de la pacífica cohabitación, hacen que, la unión física no pueda mantenerse dentro de un mismo lugar.

Igualmente, la Corte, en sentencia CSJ SL, 5 abr. 2005, rad. 22560, señaló que debía entenderse por cónyuges, «a quienes mantengan vivo y actuante su vínculo mediante el auxilio mutuo, entendido como acompañamiento espiritual permanente, apoyo económico y vida en común, entendida ésta, aún en estados de separación impuesta por la fuerza de las circunstancias, como podrían ser las exigencias laborales o imperativos legales o económicos, lo que implica necesariamente una vocación de convivencia».

Y en sentencia del 15 de junio de 2006, radicación 27665, reiteró la anterior orientación, estimando que era razonable «que en circunstancias especiales, como podrían ser motivos de salud, de trabajo, de fuerza mayor, etc., los cónyuges o compañeros no puedan estar permanentemente juntos, bajo el mismo techo; sin que por ello pueda afirmarse que desaparece la comunidad de vida o vocación de convivencia entre ambos, máxime cuando, en el caso que nos ocupa, quedó demostrado que la demandante pasaba la noche cuidando la casa de una de sus hijas, pero en el día permanecía con su compañero».

Se trae a colación lo anterior, para precisar y reiterar que la convivencia entre esposos o compañeros permanentes puede verse afectada en la unión física, es decir, por no convivir bajo un mismo techo, por circunstancias que la justifiquen pero que no den a entender que el vínculo matrimonial o de hecho ha finalizado definitivamente.

Bajo estos presupuestos normativos y jurisprudenciales, previamente señalados procede la Sala analizar el material probatorio recaudado en el presente asunto.

Mediante audiencia celebrada el día 19 de mayo de 2021, declaró el señor José Ovidio Ibáñez Molina, quien manifestó ser amigo de los papas de la demandante aproximadamente durante 18 años; que la señora Janeth Ruiz y el señor Alexander

Moreno convivieron inicialmente en unión libre durante unos 3 o 4 años, momento en que nació el primero de sus hijos, después él les construyó una casa donde convivían en Paipa – Boyacá y a los dos años de construida la casa se casaron.

Afirmó que, un año antes del deceso del señor Moreno, la pareja no convivía bajo el mismo techo, por cuestiones de trabajo, ello le constaba debido a que 15 días antes de la muerte del causante se lo había encontrado en el Municipio de Paipa y le dijo que se había retirado de trabajar en Colsubsidio y que estaba viviendo en Bogotá; sin embargo, seguía pendiente de los niños y venía de vez en cuando a Paipa a visitarlos; sin que en ningún momento le manifestará que se hubiera separado de la señora Janeth.

La señora María del Carmen Echeverría Ruiz depuso que, es prima de la actora y madrina de su hijo mayor; que hacía 12 años la señora Janeth se había casado con el señor Alex, sin que le conociera otra relación; que vivieron juntos bajo el mismo techo en la vereda Romita del Municipio de Paipa – Boyacá y solo se separaron cuando el señor Alex Moreno se vino a la ciudad de Bogotá en búsqueda de trabajo, que ello le constaba porque eran vecinas; que no recordaba bien la fecha en que el causante se vino a vivir a la ciudad de Bogotá, pero que había sido cerca de su fallecimiento; que era el señor Moreno quien cubría los gastos del hogar a pesar de la distancia; que la señora Janeth trabajaba haciendo aseo; que veía al causante con los niños cada 8 días; que las exequias se hicieron en el Municipio de Paipa.

Al hilo de lo anterior, considera esta Sala de decisión que en efecto se encuentra acreditado en el presente asunto, que la demandante convivió con el señor Alex Moreno hasta el día de su fallecimiento; y aun cuando para el momento en que ocurrió el infortunio por el cual perdió la vida el señor Alex se encontraba en la ciudad de Bogotá como da cuenta los informes visibles a folios 18 a 33, y como lo revelaron los declarantes, ello se debió según sus dichos a que se encontraba laborando en esta ciudad; no obstante, permaneció unido matrimonialmente con la señora Janeth, así como también persistían los vínculos de afecto y apoyo mutuo a pesar de la distancia, pues los dos testigos coincidieron en señalar que el señor Moreno decidió trasladarse

de ciudad buscando mejores oportunidades laborales, pero que viajaba seguido a ver a sus hijos y esposa en el Municipio de Paipa - Boyacá.

También quedó demostrado que antes de que la pareja contrajera matrimonio ya convivían juntos, frente a lo cual la señora Janeth en interrogatorio de parte adujo que quedó embarazada cuando tenía 19 años de edad, motivo por el cual se fueron a vivir con el causante; al revisarse el registro civil de nacimiento del mayor de los hijos, este da cuenta que nació el 19 de mayo de 2006, de manera que desde el año 2006 al 2017, fecha de fallecimiento del causante se demuestra una convivencia de 11 años.

En ese orden de ideas, a pesar de que no era requisito para la actora acreditar 5 años de convivencia anteriores al deceso, tal y como lo ha enseñado la alta Corporación de cierre de la Jurisdicción Ordinaria Laboral, por ser el causante un afiliado fallecido; empero, la señora Janeth Ruiz sí reunía con dicho requisito, pues como se mencionó precedentemente a nivel jurisprudencial se ha establecido que la noción de convivencia, no es el simple hecho de la residencia en una misma casa lo que la configura, sino otras circunstancias que tienen que ver con la continuidad consciente del vínculo, el apoyo moral, material y efectivo y en general el acompañamiento espiritual permanente que den la plena sensación de que no ha sido la intención de los esposos finalizar por completo la unión matrimonial, tal como sucedió en el caso sub examine, pues las circunstancias de separación devino por razones de trabajo; bajo tales contextos la demandante reúne a cabalidad con los requisitos para sea beneficiaria de la pensión reclamada.

Ahora, en lo referente a la indexación ha sostenido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que esta figura busca menguar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda con el paso del tiempo, lo cual se ve reflejado en la disminución del monto de la pensión, mientras que el ajuste anual de las pensiones previsto en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, tiene por objeto garantizar el incremento anual de las pensiones que han sido oportuna o efectivamente reconocidas, enseñando en sentencia CSJ SL5180-2020, lo siguiente:

La Sala advierte de entrada que el recurso es inane para los fines que persigue la recurrente, toda vez que confunde las figuras jurídicas de indexación de un retroactivo pensional con las de rentabilidad mínima de los saldos de las cuentas de ahorro individual y la de ajuste anual de las pensiones.

En efecto, la figura jurídica de indexación de un retroactivo pensional, simple y llanamente busca remediar la depreciación económica generada por el tiempo que ha transcurrido entre el momento en que la persona debió acceder al derecho pensional y aquel en el que accede efectivamente a su pago.

Ahora, la finalidad de la garantía de rentabilidad mínima establecida en los artículos 54, literal e), 60, 100 y 101 de la Ley 100 de 1993, es la de mantener o preservar el valor económico de los saldos de las cuentas de ahorro individual, toda vez que estos son los que financian, por lo regla general, las prestaciones económicas que reconoce el régimen de ahorro individual con solidaridad. Nótese que el mecanismo de administración de los aportes pensionales en el RAIS «está basado en el ahorro proveniente de las cotizaciones y sus respectivos rendimientos financieros», de conformidad con el artículo 59 de la Ley 100 de 1993. Asimismo, el artículo 77 ibidem establece que en principio la pensión de sobrevivientes se financia con «los recursos de la cuenta individual de ahorro»; y de ser estos insuficientes, el legislador previó coberturas automáticas a través de las aseguradoras previsionales.

Por su parte, el ajuste anual de las pensiones previsto en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 tiene por objeto garantizar el incremento anual de las pensiones que han sido oportuna o efectivamente reconocidas, lo que materializa el mandato contenido en el artículo 53 de la Constitución Nacional.

Por tanto, no es de recibo el argumento de la censura según el cual la garantía de rentabilidad mínima logra cumplir los fines de conservación del valor adquisitivo de las mesadas pensionales que se reconocen tardíamente y quedan, por ese motivo, afectadas por la inflación.

[...]

En este punto, es oportuno destacar que la indexación que en este proceso se reclama lo que persigue es actualizar las mesadas que, una vez se hicieron exigibles, no fueron reconocidas oportunamente por la entidad obligada a ello, y de este modo se remedie la depreciación económica que aquellas sufrieron en el tiempo transcurrido entre la data de tal incumplimiento y la fecha efectiva del pago (CSJ SL5045-2018, reiterada en SL2353-2020). Precisamente, en la primera sentencia se indicó:

(...) existen dos clases de indexación que pueden exigirse en un proceso judicial (ver sentencias CSJ SL, 12 sep. 2006, rad. 28257, reiterada en decisiones SL11762-2014 y SL7890-2015) «(...) una relativa a la actualización o ajuste del ingreso base para liquidar la pensión (IBL), también denominada indexación de la primera mesada pensional; **y otra atinente a la indexación de las sumas adeudadas por mesadas o diferencias pensionales que no fueron sufragadas en su oportunidad, y que debió haberse hecho en forma periódica**»; que estas dos categorías de indexación son diferentes e independientes, pues versan sobre conceptos o acreencias diversas y, por

lo mismo, tienen efectos y alcances distintos, pues una, se itera, pretende actualizar monetariamente la base salarial con la que se va a liquidar el derecho pensional y otra busca actualizar el valor de unas mesadas pensionales que, aunque se causaron, no se pagaron oportunamente.

En síntesis, el Tribunal no incurrió en los yerros jurídicos que le endilga la censura, pues, se reitera, es evidente que esta confunde los mecanismos de rentabilidad mínima y los ajustes anuales a las pensiones, con el establecido jurídicamente para conservar el poder adquisitivo de los rubros o acreencias que eventualmente se vean golpeadas por la inflación al ser reconocidos en una fecha posterior a su causación.

Así las cosas, el ad quem no se equivocó al confirmar la orden de indexar el retroactivo por las mesadas pensionales causadas desde la fecha del reconocimiento pensional, dado que entre ese momento y el hipotético en que se efectúe el pago efectivo, las mesadas pensionales adeudadas pueden afectarse en su poder adquisitivo. (Negrillas y Subrayado fuera del texto original).

De lo anteriormente expuesto, le asiste razón al fallador de primer grado, en cuanto a que las mesadas pensionales adeudadas sean debidamente indexadas al momento de su pago.

En consecuencia, se confirmará en su integridad la decisión de primera instancia.

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de la parte demandada como quiera que su recurso de alzada no salió avante de conformidad con lo establecido en el numeral 1, artículo 365 del CGP.

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: CONFIRMAR la sentencia apelada, proferida por el Juzgado Veintiocho de Circuito de Bogotá, por las razones anteriormente expuestas.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo la demandada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado



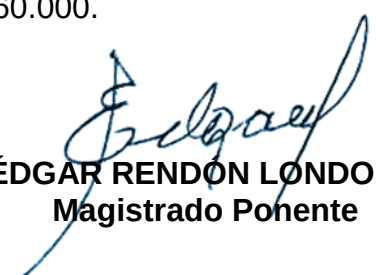
DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

AUTO DEL PONENTE:

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la parte demandada 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	110013105002201900554-01
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	JAIME DIMATÉ JIMÉNEZ
DEMANDADO	- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES - ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. - ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

En Bogotá D. C. a los treinta y un (31) días del mes de agosto 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 **Jaime Dimaté Jiménez** se **declare** la ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuado y materializado el 1 de julio de 1997; que se **declare** que no fue informado de manera veraz y suficiente por parte de Porvenir S.A. al momento de materializarse del traslado de régimen pensional; que se **declare** que las demandadas Porvenir S.A. y Protección S.A. no cumplieron con la obligación relativa al deber de información antes de materializarse el traslado; que se **declare** que el actuar omisivo y negligente de las AFP accionadas le causaron perjuicios patrimoniales; que se **declare** que Colpensiones tiene la obligación de admitir el retorno al RPM.

En consecuencia, solicitó como pretensiones principales, se **condene** a Protección S.A. a realizar el traslado de todos los recursos que haya en su cuenta de

ahorro individual al RPM, incluyendo los costos administrativos; que se **condene** a Colpensiones a admitirlo en el RPM, al pago de costas y agencias en derecho.

De manera subsidiaria, solicitó se **condene** a Porvenir S.A. al pago de perjuicios materiales en modalidad de lucro cesante futuro, calculado con la diferencia de la mesada pensional que hubiere pagado al RPM y la pagada en el RAIS, desde el momento en que sea reconocida hasta la fecha del cumplimiento de la expectativa de vida de conformidad con la tabla indicada por la Superintendencia Financiera (f° 5 a 6 archivo 1, carpeta 1ª inst. exp. digital).

Como hechos fundamento de las pretensiones (f° 6 a 8 archivo 1, carpeta 1ª inst. exp. digital), señaló en síntesis, que tiene 57 años de edad cumplidos; que el 21 de marzo de 1983, se afilió al Sistema General de Pensiones vinculándose al RPM a través del ISS; que el 1 de mayo de 1997, fue abordado por un representante de Porvenir S.A. quien le afirmó poder obtener una mesada pensional más favorable y en menor tiempo, siempre y cuando se trasladará al RAIS.

Narró que, la información suministrada por Porvenir S.A. no satisfizo de manera cabal y suficiente el deber legal que le asistía, pues no le brindó una información completa y comprensible, así como tampoco se le explicó cuál era el régimen pensional que más le favorecía, el funcionario simplemente se limitó a dar una explicación vaga y general sobre las expectativas de pensionarse en el RAIS, información que se otorgó de manera verbal.

Acotó que, el 1 de julio de 1997, se consolidó el traslado de régimen pensional; que el 18 de enero de 2002, se trasladó a Protección S.A.; que durante el tiempo que ha estado afiliado a Protección S.A. no le han brindado ninguna información, tampoco lo han asesorado en materia pensional; que cuenta con 1.300 semanas cotizadas en toda su vida laboral; que la proyección de la mesada pensional en el RAIS equivale a la suma de \$2.335.287; que el IBC que se ha reportado en los 10 últimos años es superior a 10 SMLMV, lo cual le permitiría devengar una mesada pensional superior a la que se le reconocería en el RAIS; que el 28 de mayo de 2019, radicó ante Colpensiones solicitud de traslado de régimen pensional, el cual fue respondido de manera negativa.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (archivo 8, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó edad del demandante, fecha de afiliación al RPM, petición radicada ante dicha entidad y respuesta; frente a los restantes supuestos fácticos, dijo no constarle.

Como excepciones de mérito, propuso las de descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPM, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica.

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** contestó (archivo 07, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó edad de la demandante, fecha de suscripción de formulario de afiliación dicha AFP y semanas cotizadas; respecto de los demás hechos, manifestó no ser ciertos los numerales 7, 12 y 16, en cuanto a los demás dijo no constarle.

Propuso como excepciones de fondo, inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver el seguro provisional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y la innominada o genérica.

Mediante providencia del 24 de enero de 2023, se tuvo por no contestada la demanda por parte de Porvenir S.A.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 6 de febrero de 2023 (archivo 25 carpeta 1ª inst. exp. digital), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA DEL TRASLADO que realizó el demandante **JAIME DIMATÉ JIMÉNEZ**, identificado con cédula de ciudadanía No. 79.265.289, a **HORIZONTE SA hoy SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** efectuada el día 1 de mayo de 1997 y consecuentemente la ineficacia del posterior traslado horizontal realizado a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, efectuada el 18 de enero de 2002, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.

SEGUNDO: DECLARAR LA INEFICACIA DEL TRASLADO que realizó el demandante **JAIME DIMATÉ JIMÉNEZ**, identificado con cédula de ciudadanía No. 79.265.289, a **HORIZONTE SA hoy la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** efectuada el día 1 de mayo de 1997 y consecuentemente la ineficacia del posterior traslado horizontal realizado a la

ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., efectuada el 18 de enero de 2002, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.

TERCERO: CONDENAR a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, a devolver dentro de los cuarenta y cinco (45) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación el demandante **JAIME DIMATÉ JIMÉNEZ**, identificado con cédula de ciudadanía No. 79.265.289, como cotizaciones, bonos pensionales, con los rendimientos causados, los gastos de administración y sumas adicionales de la aseguradora, sin lugar a descuento alguno o deterioros sufridos por el bien administrado.

CUARTO: ORDENAR a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** a aceptar dichos valores, y tener como válida la afiliación efectuada por el demandante al Régimen de Prima Media 21 de marzo, por lo que deberá incluir en las bases de datos y sistemas de información de la historia laboral.

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

SEXTO: CONDENAR en costas a la parte accionada la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN SA** y a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**, dentro de las que deberá incluirse por concepto de agencias en derecho la suma de \$300.000 a cargo de éstas.

Para Fundamentar su decisión, sostuvo que conforme lo definido por la Corte Suprema de Justicia, el deber de información siempre ha estado en cabeza de los fondos privados, pasando este por diversas etapas, la primera de ellas, un deber de información, enmarcado entre el año 1993 al 2009, el deber de información y buen consejo, encuadrado a el 2009 al 2014, y deber de información, buen consejo y doble asesoría, vigente desde el año 2014 en adelante.

Por ello, al haber sido realizado el traslado de la demandante el 1 de mayo de 1997, el deber de información se encontraba en el primer periodo, durante el cual se le debió brindar al accionante la información clara y transparente de los dos regímenes pensionales; que si bien fue aportado el formulario de vinculación y los consolidados de la cuenta de ahorro individual, de estas documentales no era posible inferir que la AFP de forma previa a la suscripción del formulario, hubiese dado a conocer a la afiliada la información completa y comprensible que le permitiera tener conocimiento de la trascendencia de su decisión.

Adujo que, aunque se tuviera como indicio grave en su contra las contradicciones del demandante en interrogatorio de parte, la carga de la prueba de haber cumplido con el deber de información correspondía a Porvenir S.A., quien no había aportado documento alguno que permitiera establecer tal situación. En cuanto a los actos de relacionamiento tales situaciones no permitían vocación de permanencia

en el RAIS, tal como lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral en sentencia SL1055-2022.

Concluyó que, las pruebas aportadas no daban certeza de que se hubiere brindado información suficiente al momento de realizar el traslado y que la información dada en mayo de 1997, se encontrará relacionada con la ilustración de características, condiciones de acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, motivo por el cual debía declararse la ineficacia del traslado.

RECURSO DE APELACIÓN

PROTECCIÓN S.A. sustentó el recurso de apelación solicitando se revoque la decisión respecto de los dineros que tiene que trasladar a Colpensiones y en su lugar se ordene únicamente los dineros que se dieron con ocasión de la afiliación del señor Jaime Dimaté en el año 2002, hasta la fecha, pues no comparte que deba trasladarse sumas adicionales en vigencia de afiliación del demandante a PORVENIR S.A., sin que exista razón alguna por la cual deba asumir de su propio patrimonio un detrimento, en ese sentido, no puede condenarse a todas las comisiones de administración contempladas en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993.

COLPENSIONES también interpuso recurso de apelación solicitando se revoque en su integridad la sentencia, teniendo en cuenta que no es procedente la declaratoria de ineficacia en el traslado realizada por el actor a cada una de las AFP, teniendo en cuenta que si bien no se tuvieron en cuenta los argumentos dados en los alegatos de conclusión respecto a la carga de la prueba, se probó a lo largo del proceso con distintos elementos probatorios que, efectivamente sí existió una asesoría precontractual a la hora de protocolizar el traslado.

Indicó que, deben analizarse las pruebas documentales de manera conjunta, y no de manera individual, si bien los formularios de afiliación no son una prueba idónea para establecer que efectivamente se brindó una información clara, necesaria y oportuna, lo cierto es que, con los demás medios de prueba se podía establecer que sí se cumplió con dicha obligación, además de que el demandante confesó que tenía conocimiento de cuáles eran los requisitos para pensionarse en el RPM al momento de su traslado, teniendo pleno conocimiento de lo que ofrecía el RPM y el RAIS, entendiéndose de su interrogatorio que no era que se le hubiera dado la información, sino que no recordaba esa información por el paso del tiempo.

Precisó que, teniendo en cuenta todo lo anterior, era injustificable la ineficacia del traslado, además de que existía una barrera que el legislador colocó para que no se realizaran traslados cuando faltara menos de 10 años para cumplir la edad para pensionarse.

Solicitó también fuera absuelto a la condena en costas, por cuanto si bien tenía la orden de recibir ciertos aportes provenientes del RAIS, lo cierto es que no había hecho parte de la vinculación del demandante al RAIS, actuando simplemente como un tercero de buena fe que se ha visto afectado, al tener que recibir al actor a portas de cumplir la edad para pensionarse.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación presentado por Protección 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 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 todos aportes realizados por el actor en el RAIS.

En el presente asunto no es materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: **i)** que el señor Jaime Dimaté Jiménez nació el 18 de junio de 1962 (f° 34, archivo 1 de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); **ii)** que estuvo vinculado al ISS en donde cotizó a pensión entre el 21 de marzo de 1983, al 28 de febrero de 1997 (f° 35, archivo 08 de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); **iii)** que el **1 de mayo de 1997**, se trasladó al RAIS mediante la suscripción de formulario de vinculación con Horizonte Pensiones y Cesantías hoy Porvenir S.A., el cual se hizo efectivo a partir del 1 de julio de 1997 (f° 66, archivo 07, de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); y **iv)** que el 18 de enero de 2002, se trasladó a Protección S.A., entidad en la cual se encuentra vinculado actualmente (f° 68, archivo 07, 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 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 el accionante se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad –**1 de mayo de 1997**–, 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, dentro del expediente digital allegado a esta instancia no obra formulario de solicitud de afiliación de la AFP Porvenir suscrito el **1 de mayo de 1997**, encontrándose únicamente el formulario de afiliación suscrito con la AFP Protección S.A. 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).

En lo atinente al interrogatorio de parte rendido por el actor, advierte la Sala que de este no se desprende confesión alguna en los términos del artículo 191 del CGP, que permitan acreditar que, en efecto, la gestora del traslado de régimen, esto es Porvenir, haya dado cumplimiento al deber de información que le asiste, pues si bien el accionante en su declaración aceptó que le informaron sobre qué debía hacer para que sus rendimientos fueran mayores y que tenía conocimiento de cuáles eran los requisitos para pensionarse en el RPM al momento de la suscripción del formulario. Tampoco se aportó medio probatorio en el cual se pudiera verificar que la entidad que promovió el traslado le informó acerca de los rendimientos financieros que le otorgaría la AFP, no se le informó sobre los requisitos para la obtención de la pensión de vejez en el RAIS, las características de uno u otro régimen, entre otros aspectos, que resultaban relevantes para tomar una decisión consiente.

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 adocctrinado 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 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); como en este caso, ello no fue ordenado por el juez de primer nivel, esta Sala de Decisión, dispondrá su devolución a la Administradora de Pensiones Colpensiones, en virtud a que a favor de esta se está surtiendo el grado jurisdiccional de consulta; lo anterior, teniendo en cuenta que se tratan de dineros del sistema de seguridad social en pensiones, y que deben ser devueltos en su integridad a la entidad que nuevamente recibe el afiliado.

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 y Porvenir S.A., a pagar con su propio patrimonio, 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 accionante en su cuenta de ahorro individual, durante el tiempo en que estuvo afiliado a esa administradora, 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.

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).

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 que 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 la demandada Colpensiones y Protección S.A., 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: ADICIONAR Y MODIFICAR EL NUMERAL SEGUNDO de la sentencia consultada, proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá, únicamente en el sentido de **ORDENAR** a las AFP Protección S.A. y Porvenir S.A., a pagar con su propio patrimonio, 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 accionante en su cuenta de ahorro individual, durante el tiempo en que el demandante estuvo afiliado a estas administradoras. 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 Colpensiones y Protección S.A.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



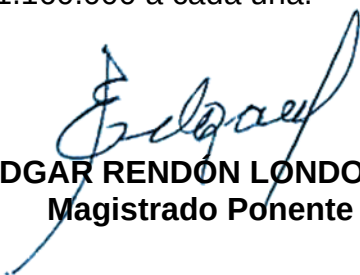
DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

AUTO DEL PONENTE:

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de Colpensiones y Protección S.A., la suma de \$1.160.000 a 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	11001310500220200016101
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	CONCEPCIÓN MARTÍNEZ DE PORRAS
DEMANDANDO	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES

En Bogotá D. C. a los treinta y un (31) días del mes de agosto 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 **Concepción Martínez De Porras** que se declare que tiene derecho a la pensión sustitutiva, en calidad de cónyuge sobreviviente del señor Hernando Porras Herrera. Como consecuencia de lo anterior, pretende que se condene a Colpensiones al pago de las mesadas pensionales con retroactividad del 11 de septiembre de 2019, de los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, causados desde la fecha del fallecimiento. Finalmente, pretende que se condene a la administradora a lo que resulte probado conforme a las facultades extra y ultra petita y a las costas y agencias en derecho.

Como hechos fundamento de las pretensiones (f° 1 - 15 archivo 01, carpeta 1ª inst. exp. digital), señaló que el 11 de septiembre de 2019, en la ciudad de Floridablanca – Santander, falleció el señor **Hernando Porras Herrera**; que en el momento del fallecimiento éste disfrutaba de la pensión de vejez otorgada por Colpensiones a través de Resolución 000045 del 25 de enero de 2002; que contrajo matrimonio con el causante por rito católico el 12 de octubre de 1963; que a la fecha del fallecimiento del señor Hernando Porras Herrera la sociedad conyugal estaba vigente; que convivió con el difunto más de 20 años y 9 meses bajo el mismo techo, compartiendo mesa y lecho; que dentro del matrimonio procrearon cuatro hijos, los cuales a la fecha del deceso del señor Porras tenían 55, 54, 53 y 49 años.

Adujo que, el 13 de diciembre de 2019, solicitó el reconocimiento de su derecho de sustitución pensional, en calidad de cónyuge sobreviviente del señor Hernando Porras Herrera; que Colpensiones mediante Resolución SUB 16923 del 21 de enero de 2020, le negó el derecho pensional solicitado, argumentando que no había cumplido el requisito de convivir cinco años continuos con el causante previo al fallecimiento de éste.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** contestó la demanda (f° 4 - 9 archivo 07, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la misma. En cuanto a los hechos, aceptó que el 11 de septiembre de 2019, en la ciudad de Floridablanca- Santander, falleció el señor Hernando Porras Herrera, conforme a la documental que obraba en el expediente; que al momento del fallecimiento, este disfrutaba de la pensión de vejez otorgada por el entonces ISS hoy Colpensiones mediante Resolución 00045 del 25 de enero de 2022; que la demandante el 13 de diciembre de 2019, solicitó el reconocimiento de su derecho de sustitución pensional, en calidad de cónyuge sobreviviente del señor Hernando Porras Herrera y que Colpensiones mediante Resolución SUB 16923 del 21 de enero de 2020, le negó el derecho pensional solicitado, argumentando que no había cumplido el requisito de convivir cinco años continuos con el causante previo al fallecimiento de éste. Frente a los demás hechos indicó que no le constaban.

En su defensa, propuso como excepciones de mérito, las de inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, buena fe de Colpensiones, presunción de legalidad de los actos administrativos, no configuración del derecho al pago del IPC, ni indexación o reajuste alguno, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, carencia de causa para demanda, prescripción, compensación, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 25 de octubre de 2021 (archivo 16 carpeta 1ª inst. exp. digital), resolvió:

PRIMERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, a reconocer y pagar la pensión de sobrevivientes a favor de la demandante CONCEPCIÓN MARTÍNEZ DE PORRAS identificada con cédula de ciudadanía No. 24.114.175, en forma vitalicia a partir del 12 de septiembre 2019, fecha del fallecimiento del causante, en un porcentaje del 100% de la mesada pensional que en vida devengó el señor HERNANDO PORRAS HERRERA, autorizando a la demandada a descontar de ella el valor correspondiente a los aportes en salud, conforme a lo expuesto.

SEGUNDO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, a reconocer y pagar a la señora CONCEPCIÓN MARTÍNEZ DE PORRAS identificada con cedula de ciudadanía No. 24.114.175, los intereses moratorios establecidos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, a partir del 13 febrero de 2020, y hasta que se realice el pago de la prestación reconocida en esta providencia.

TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a pagar a la demandante el retroactivo pensional desde el fallecimiento del causante hasta el 30 de septiembre de 2021 en la suma \$53.983.002, conforme a la liquidación realizada por el Grupo de Liquidación y que hace parte integrar de la presente sentencia, así mismo se CONDENARA a la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES al pago de los intereses moratorios sobre dicha suma, por valor de \$12.465.625 pesos.

CUARTO: DECLARAR NO PROBADA la excepción de PRESCRIPCIÓN y se releva del estudio de los demás medios exceptivos, dado el resultado del juicio.

QUINTO: ABSOLVER a la demandada de las demás pretensiones incoadas en su contra.

SEXO: CONDENAR en costas a la parte demandada dentro de las que deberá incluirse por concepto de agencias en derecho la suma de \$1 SMLMV. SÉPTIMO Si no fuere apelado, CONSÚLTESE con el Superior.

Con ocasión de una solicitud de aclaración que formuló la parte actora, el a quo dispuso aclarar la sentencia en los siguientes términos:

ACLARACIÓN: Que la pensión de sobrevivientes se reconocerá con el retroactivo que corresponde a la data desde el fallecimiento 11 de septiembre de 2019 al 30 de septiembre de 2021 en valor \$53.983.002 sin perjuicio del reconocimiento de las mesadas que se sigan causando, igualmente de los intereses moratorios por \$12.465.625 y los que se sigan causando hasta que se efectuó el pago de la prestación o se incluya en nómina a la demandante.

Para fundamentar su decisión sostuvo que, en este caso como quiera que el causante falleció el 11 de septiembre de 2019, era claro que la norma aplicable para la resolución de la controversia pensional eran los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, modificados por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, disposiciones que establecían quiénes eran los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes y procedió a citarlas textualmente.

Mencionó que, de conformidad con la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre ellas las sentencias SL3999-2018, SL4047-2019 y SL4227-2021, en el caso del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a favor de cónyuges, se ha mantenido un criterio según el cual la convivencia por un período no inferior a cinco años podía darse en cualquier tiempo, así no se lograra comprobar que previo al fallecimiento del pensionado existiera una comunidad de vida o convivencia con la esposa o el esposo, siempre que el matrimonio continuara vigente al momento del deceso. Preciso que, esa medida buscaba equilibrar la situación de una pareja que decidió formalizar una relación y entregó parte de su existencia a un proyecto de vida, coadyuvando con su compañía y fortaleza a la consolidación del derecho pensional del trabajador.

Afirmó que, en el caso bajo estudio estaba acreditado que la demandante y el pensionado fallecido contrajeron matrimonio el 12 de octubre de 1963, que tuvieron cuatro hijos y que convivieron cerca de 20 años, tal y como se desprendía de las documentales

como el registro civil del matrimonio, los registros civiles de nacimiento de los hijos y las declaraciones extra juicio de las señoras Nancy Flechas Abella y Lucila López Navarrete, así como de los testimonios rendidos por estas últimas.

En ese sentido, el a quo señaló que la señora Lucila López Navarrete al rendir interrogatorio manifestó que conocía a la pareja desde hacía más de 50 años, debido a que asistían a la misma iglesia del barrio en el que vivieron en su juventud; que en esa época la señora Concepción Martínez convivía con su esposo el señor Hernando Porras, que tuvieron y criaron cuatro hijos; que para el año 1984, se separaron, data para la cual el menor de sus hijos tenía aproximadamente 15 años y que finalmente supo que el señor Hernando Porras estaba muy enfermo.

Destacó que, por su parte la señora Nancy Flechas afirmó conocer a la demandante desde hace más de 47 años por ser vecinas del sector, que le constaba que la actora estaba casada con el señor Hernando Porras, que ambos tuvieron cuatro hijos a los cuales criaron en conjunto; que aproximadamente en el año 1985, el pensionado se había ido del a casa y que supo que antes de su fallecimiento se encontraba en un hospital geriátrico de Sogamoso.

Adujo que, revisadas las pruebas del expediente, se podía comprobar que la demandante y el pensionado fallecido tenían un vínculo matrimonial vigente para la fecha del deceso; que convivieron como pareja por más de 20 años durante los cuales formaron cuatro hijos; que aproximadamente en el año 1984 el señor Hernando Porras abandonó el hogar. En consecuencia, consideró que al estar demostrada una convivencia superior a cinco años era dable concluir que la demandante cumplía los requisitos para tener la calidad de beneficiaria, por lo que resultaba procedente ordenar a Colpensiones pagar la pensión desde el fallecimiento del causante.

En cuanto los intereses moratorios, señaló que estos se generan por el mero hecho del retardo o no pago de la prestación, sin ser relevante la existencia de mala fe, ya que tienen la finalidad de mitigar los efectos adversos de la demora en el pago de las

prestaciones, por lo que era dable ordenar su pago pasados dos meses después del requerimiento formulado por la actora, esto es, desde el día 13 de febrero de 2020.

En cuanto a la excepción de prescripción formulada por Colpensiones, el a quo consideró que no estaba llamada a prosperar pues en este caso la reclamación administrativa se elevó el 13 de diciembre de 2019, y la demanda se presentó el 07 de julio de 2020, de manera que era evidente que la acción se presentó dentro del término de los 3 años que alude el artículo 151 del CPT y SS en concordancia con el artículo 448 del CST.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia solicitando que se revocara en su integridad. Para tal efecto, argumentó que el a quo no tuvo en cuenta que no se cumplían los requisitos previstos en el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003, específicamente el de la convivencia ininterrumpida por cinco años anteriores a la fecha del fallecimiento del pensionado, debido a que al momento del deceso era claro que la demandante y el pensionado no convivían, conforme se desprendía de las declaraciones de los testigos quienes fueron coincidentes en indicar que la pareja había terminado su relación en el año 1984.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación presentado por Colpensiones, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de dicha entidad, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del CPTSS.

En el presente asunto no son materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: *i)* que el señor Hernando Porras Herrera era beneficiario de una pensión de vejez con el ISS hoy Colpensiones, reconocida a través de Resolución No. 000045 del 25 de enero de 2002 (f°81 archivo 08, carpeta 1ª inst. exp. digital); *ii)* que el 12 de octubre de 1963, este contrajo matrimonio con la demandante (f°19 archivo 01, carpeta 1ª inst. exp.

digital); **iii)** que el señor Hernando Porras Herrera falleció el 11 de septiembre de 2019 (f°17 archivo 01 carpeta 1ª inst. exp. digital); **iv)** que el 13 de diciembre de 2019, la actora radicó ante Colpensiones solicitud a efectos de que le fuera reconocida la sustitución pensional con ocasión del fallecimiento de su cónyuge (f°21 archivo 01, carpeta 1ª inst. exp. digital); y **v)** que esa entidad mediante Resolución No. SUB 16923 del 21 de enero de 2020 negó la sustitución pensional (f°24 archivo 01, carpeta 1ª inst. exp. digital)

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los antecedentes dados, procede esta Sala a determinar si en este caso se cumplen los requisitos previstos en los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, modificados por la Ley 737 de 2003, para que la demandante sea beneficiaria de la pensión de sobrevivientes en calidad de cónyuge supérstite del señor Hernando Porras Herrera.

PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES

Empieza la Sala por referir que, tratándose del estudio del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, la norma aplicable es la vigente a la fecha del fallecimiento del afiliado o pensionado, que para el caso concreto ocurrió el 11 de septiembre de 2019, de manera que la disposición que en principio gobierna tal situación pensional, es el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, que puntualmente establece:

*ARTÍCULO 46. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES.
Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:*

1. Los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca y, (Negrilla fuera del texto original)

(...)

Dado que es un hecho indiscutido que el causante ostentaba la calidad de pensionado con el ISS desde el 25 de enero de 2002, surge palmario que dejó causado el derecho a la pensión de sobrevivientes.

En cuanto a los beneficiarios de la pensión bajo análisis, tenemos que el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, señala lo siguiente respecto de la cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite:

ARTÍCULO 47. Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte;

b) En forma temporal, el cónyuge o la compañera permanente supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga menos de 30 años de edad, y no haya procreado hijos con este. La pensión temporal se pagará mientras el beneficiario viva y tendrá una duración máxima de 20 años. En este caso, el beneficiario deberá cotizar al sistema para obtener su propia pensión, con cargo a dicha pensión. Si tiene hijos con el causante aplicará el literal a).

Si respecto de un pensionado hubiese un compañero o compañera permanente, con sociedad anterior conyugal no disuelta y derecho a percibir parte de la pensión de que tratan los literales a) y b) del presente artículo, dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.

<Aparte subrayado condicionalmente exequible> En caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una compañera o compañero permanente, la beneficiaria o el beneficiario de la pensión de sobreviviente será la esposa o el esposo. Si no existe convivencia simultánea y se mantiene vigente la unión conyugal pero hay una separación de hecho, la compañera o compañero permanente podrá reclamar una cuota parte de lo correspondiente al literal a en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante. La otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente;

(...)

El texto subrayado fue declarado exequible condicionalmente mediante sentencia C-1035 de 2008 de la Corte Constitucional, en el entendido de que «*además de la esposa o esposo, serán también beneficiarios, la compañera o compañero permanente y que dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido*».

Respecto de los requisitos exigidos a la cónyuge, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha indicado que en tratándose de fallecimiento de un pensionado aquella debe acreditar, además de dicha calidad, una convivencia real y efectiva con el pensionado de no menos de cinco (5) años ininterrumpidos en cualquier tiempo. Así se dejó plasmado en la sentencia CSJ SL1180-2022, en la que se indicó:

Bajo este contexto, es evidente que la disposición con la que se resuelve el presente caso es la contenida en el inciso 3º del literal b) de la Ley 797 de 2003, como acertadamente lo hizo el Tribunal, y de cuya interpretación no se advierte ningún yerro, en tanto se acompasa con el criterio fijado por esta Corporación en el sentido de que la cónyuge separada de hecho pero con vínculo matrimonial vigente, aun hallándose disuelta la sociedad conyugal, es beneficiaria de la pensión de sobrevivientes si acredita una convivencia mínima de 5 años con el causante en cualquier tiempo, en vigencia del vínculo matrimonial.

Igualmente, se reiteró en sentencia CSJ SL359-2021, citando múltiples providencias que han ratificado el precedente jurisprudencial, a saber:

En efecto, esta Corporación tiene adoctrinado que «la convivencia de la consorte con vínculo marital vigente y separación de hecho con el pensionado (...) en un periodo de 5 años», puede ser acreditado «en cualquier tiempo». Ello, en aras de cumplir la finalidad de proteger a quien desde el matrimonio aportó a la construcción del beneficio pensional del de cujus, en virtud del principio de solidaridad que rige el derecho a la seguridad social (CSJ SL, 24 en. 2012, rad. 41673, CSJ SL7299-2015, CSJ SL6519-2017, CSJ SL16419-2017, CSJ SL1399-2018, CSJ SL5046-2018, CSJ SL2010-2019, CSJ SL2232-2019, CSJ SL4047-2019, CSJ SL4771-2020, CSJ SL3850-2020 y CSJ 2746-2020).

Bajo estos presupuestos normativos y jurisprudenciales, entra la Sala a verificar el material probatorio con el fin de determinar si la actora cumple con el requisito de la convivencia con el pensionado, así:

En audiencia celebrada el 12 de octubre de 2021, se practicó el interrogatorio de la señora **Concepción Martínez De Porras**, quien declaró que convivió con el señor Hernando Porras por 24 años; que él era el padre de sus hijos; que se habían separado hacía más de 20 años, momento en el que su hijo menor tenía 15 años; que ella conocía el lugar en el que el fallecido vivía y que sus hijos corrieron con los gastos del sepelio.

También se escuchó el testimonio de la señora **Lucila López Navarrete**, quien afirmó que conocía a los señores Hernando Porras y Concepción Martínez De Porras desde el año 1963, cuando ella tenía 9 años, debido a que asistían a la misma iglesia en la ciudad de Sogamoso; que sabía que la pareja convivió y criaron juntos a sus cuatro hijos, pero que se habían separado aproximadamente en el año 1984; que durante los últimos años la actora vivía con sus hijos; que continuó en contacto con ambos y supo que el señor Hernando Porras vivió un tiempo con otra persona, pero que en los últimos dos años lo había visto personalmente y éste le había comentado que estaba solo y que sentía tristeza por ello.

Igualmente declaró la señora **Nancy Flechas Abella**, quien manifestó que conoció a la demandante y al fallecido en el año 1973; que entre los años 1977 y 1985 fueron vecinos, período en el cual sostuvo una amistad estrecha con la pareja; que los visitaba a diario y confirmaba que convivieron en el mismo hogar; que criaron en conjunto a sus cuatro hijos. Mencionó que, supo que se habían separado cuando el hijo menor tenía aproximadamente 20 años; que no sabía si el señor Hernando Porras convivía con otra persona y que aproximadamente cuatro años antes de su muerte lo visitó en un hospital geriátrico ubicado en la ciudad de Sogamoso.

Visto lo anterior, de las pruebas obrantes en el plenario, entre ellas, los testimonios previamente referidos, se colige con claridad que la demandante y el causante convivieron como esposos por más de 20 años; que construyeron un proyecto de vida juntos y criaron en conjunto a sus hijos aproximadamente hasta el año 1984, momento en el que la pareja dejó de convivir. Nótese que, conforme lo referido de manera coincidente por los declarantes, los señores Hernando Porras y Concepción Martínez De Porras conformaron por más de 20 años un matrimonio y una familia sólida.

Así las cosas, para la Sala sin lugar a dudas está demostrado el cumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, a efectos de tener como beneficiaria de la pensión del causante a la demandante, en su calidad de cónyuge sobreviviente, sin que la discusión sobre la separación de cuerpos de la pareja y la ausencia de convivencia en los años

anteriores al fallecimiento de pensionado tenga relevancia alguna en este caso, como quiera que, al ser la demandante cónyuge supérstite y al haber existido una sociedad conyugal vigente a la fecha del deceso, bastaba con demostrar la convivencia por cinco años en cualquier tiempo, cuestión que quedó evidentemente acreditada.

Ahora bien, se tiene que Colpensiones formuló recurso de apelación porque a su juicio en este caso no se cumplía el requisito de convivencia previsto en el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, debido a que de las pruebas practicadas se desprendía que la actora y el causante llevaban separados más de 20 años. Sobre el particular, advierte esta Sala de Decisión que, tal reparo no tiene vocación de prosperidad pues la situación descrita por la administradora, no tiene incidencia alguna en la determinación de los derechos pensionales de la actora, toda vez que se trata de una pensión en favor de una cónyuge supérstite, de ahí que resulte suficiente con demostrar que durante el matrimonio se consumó una convivencia **continua de 5 años en cualquier tiempo**, asunto que se encuentra acreditado y que ni siquiera fue cuestionado por la entidad.

Frente a la excepción de prescripción propuesta por Colpensiones, se considera que la misma NO tiene vocación de prosperidad, dado que el causante falleció el 11 de septiembre de 2019, la reclamación administrativa formulada por la actora data del 13 de diciembre de 2019, y la demanda se radicó en julio de 2020, luego entre estos hitos temporales no transcurrió el término trienal consagrado en los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS.

En consecuencia, se confirmará en su integridad la decisión de primera instancia.

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de la parte demandada Colpensiones por ser la vencida en juicio de conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del CGP.

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: CONFIRMAR la sentencia apelada, proferida por el Juzgado Segundo Laboral de Circuito de Bogotá, por las razones anteriormente expuestas.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado



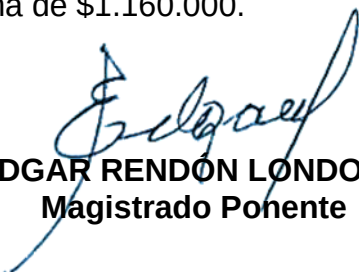
DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

AUTO DEL PONENTE:

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la parte demandada 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	11001310500220210004301
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	WILLIAM ALEXANDER LOZANO DELGADO
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 días (31) días del mes de agosto 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 **WILLIAM ALEXANDER LOZANO DELGADO** se **declare** la ineficacia de su traslado del régimen de prima media con prestación definida (en adelante RPM) al de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS) efectuado con Protección S.A. Como consecuencia de lo anterior, pretende que se **ordene** a esa AFP devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de su afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus rendimientos e intereses; que se **ordene** al fondo público a continuar con su afiliación; 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 a 16 archivo 1, carpeta 1ª inst. exp. digital), señaló, en síntesis, que nació el 19 de noviembre de 1963; que cotizó en el RPM con el ISS hoy Colpensiones desde el 01 de octubre de 1984, hasta el 29 de agosto de 1995; que posteriormente fue trasladado al RAIS con la AFP Protección S.A. a través del diligenciamiento de un formulario de afiliación de fecha 26 de septiembre de 1995; que al momento del traslado de régimen la AFP no efectuó una asesoría profesional, completa, clara, suficiente y oportuna que le permitiera conocer las características, condiciones y riesgos reales de trasladarse al RAIS; que a la fecha de la presentación de la demanda continuaba afiliado al RAIS con Protección S.A.

Manifestó que, los días 29 de septiembre y 16 de octubre de 2020, radicó ante Protección S.A. y Colpensiones, respectivamente, solicitudes encaminadas a que se anulara su afiliación al RAIS y se le retornara al RPM con Colpensiones, las cuales fueron despachadas desfavorablemente por ambas entidades.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (f°1 - 37 archivo 04 carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que el demandante nació el 19 de noviembre de 1963; que el 16 de octubre de 2020, este radicó solicitud encaminada a que se anulara su afiliación al RAIS y se le retornada al RPM, la cual fue contestada de manera negativa por la 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.

De otro lado, la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A.** contestó (f° 3 – 19 archivo 05, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que el demandante nació el 19 de noviembre de 1963; que se trasladó al RAIS a través del diligenciamiento de formulario de afiliación del 26 de septiembre de 1995; que a la fecha de la presentación de la demanda continuaba afiliado a esa AFP; que

el 29 de septiembre de 2020. este radicó solicitud encaminada a que se anulara su afiliación al RAIS y se le retornada al RPM, la cual fue contestada de manera negativa por la entidad. Respecto de los demás hechos indicó que no eran ciertos o que no le constaban.

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 y del Sistema General de Pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y la innominada o genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 07 de marzo de 2023 (archivos 14 – 15 carpeta 1ª inst. exp. digital), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA DEL TRASLADO realizado por el demandante WILLIAM ALEXANDER LOZANO DELGADO, identificado(a) con CC. 79.324.641, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., el 26 de septiembre de 1995, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.

SEGUNDO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., a devolver dentro de los cuarenta y cinco (45) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante WILLIAM ALEXANDER LOZANO DELGADO, identificado(a) con CC. 79.324.641, como cotizaciones, bonos pensionales, con los rendimientos causados, los gastos de administración y sumas adicionales de la aseguradora, 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 21 de febrero de 1995, 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 ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A, y a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES 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 en este caso estaba fuera de en discusión que el demandante estuvo inicialmente afiliado al RPM y que solicitó trasladarse al RAIS administrado por Protección S.A., según se desprendía del formulario de vinculación del 26 de septiembre de 1995.

Precisó que, los artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, modificado por el 23 de la Ley 797 de 2003, el artículo 3° de la Ley 1328 de 1998, el Decreto 2241 de 2010, la Ley 1748 de 2014, así como el artículo 3° del Decreto 2071 de 2015, y en general las normas laborales habían evolucionado para establecer el deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones en tres etapas con distintas exigencias, a saber: inicialmente, el deber de información que iba desde 1993, hasta 2009; posteriormente, el deber de información y buen consejo del año 2009 hasta el 2014; y finalmente, el deber de información, buen consejo y doble asesoría partir del año 2014.

Agregó que, la jurisprudencia del Órgano de cierre en las sentencias como la CSJ SL4964- 2018, CSJ SL1680- 2019, y CSJ SL1357- 2022, ha precisado que en el caso de traslados de regímenes pensionales, debía existir ineludiblemente un consentimiento informado que garantizara que un usuario, antes de aceptar un cambio de régimen, comprendiera las condiciones, riesgos y consecuencias de tal acto, lo cual sólo se cumplía si éste previamente había recibido una información clara, cierta, comprensible y oportuna; luego, el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación era insuficiente para dar por demostrado el deber de información. Refirió además que la jurisprudencia de la Corporación de Cierre ha preceptuado que la carga de la prueba de acreditar una asesoría oportuna, suficiente y comprensible estaba en cabeza de las AFPs en su calidad de entidades peritas y profesionales en la materia.

Con fundamento en lo anterior, manifestó que en este caso el demandante se trasladó del régimen de prima media al RAIS el 26 de septiembre de 1995, por lo que el deber de información a cargo de la parte demandada Protección S.A., se enmarcaba en el primer período en el que se le exigía brindar una información clara, transparente y comprensible acerca del funcionamiento de los dos regímenes pensionales; que revisadas las pruebas allegadas al plenario por parte de Protección S.A. se evidenciaba que esta entidad se limitó a aportar el formulario de afiliación del actor y los consolidados de su cuenta de ahorro individual, de lo cual no era posible establecer que al demandante se le hubiese brindado información suficiente al momento de realizar su traslado que le permitiera tener conocimiento de la trascendencia de su decisión.

Sostuvo que, del interrogatorio de parte absuelto por el actor, era posible determinar que si bien este aceptó que recibió una asesoría precontractual, lo cierto era que la misma se limitó a la exposición de algunas de las características positivas del RAIS, sin que se le informara acerca de los riesgos del traslado o de los factores que influían en su ahorro, por lo que no era posible extraer que la asesoría brindada fuera suficiente para tener plena certeza sobre su elección.

Manifestó que, la permanencia del demandante en el RAIS no reflejaba que tuviera la voluntad real y consciente de pertenecer a dicho régimen. Por las razones expuestas, determinó que lo procedente era declarar la ineficacia del traslado de régimen.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES presentó recurso de apelación, solicitando que se revocara la decisión en su integridad. Para tal efecto, argumentó que en este caso no se logró demostrar la falta al deber de información, como quiera que el demandante no probó la inadecuada asesoría alegada; que si bien la carga de la prueba se trasladó al fondo de pensiones por ser la entidad financiera experta en el tema, lo cierto era que a través de la información vertida en los formularios de afiliación se podía establecer que se había efectuado una debida asesoría en los términos exigidos por la legislación al momento del traslado. Adujo que en todo caso el demandante tampoco se había preocupado por entender el funcionamiento de ambos regímenes.

Asimismo, refirió que en este caso se presentaba una descapitalización al sistema, pues, aunque se ordenaba la devolución de todos los valores que tuviese la AFP en la cuenta del actor, lo cierto era que debía existir un cálculo actuarial que demostrara que los recursos que iban a ingresar eran suficientes para que el Sistema pudiese solventar la eventual pensión del actor sin reportar un detrimento económico. Finalmente, cuestionó la condena en costas indicando que debía ser revocada en razón a que Colpensiones no había participado en el acto declarado ineficaz.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación presentado por Colpensiones, así como el grado jurisdiccional de consulta a 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 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.

En el presente asunto no son materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: **i)** que el señor **WILLIAM ALEXANDER LOZANO DELGADO** nació el 19 de noviembre de 1963 (f° 78- archivo 01 de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); **ii)** que cotizó al ISS entre el 01 de octubre de 1984, y el 31 de agosto de 1995, acumulando un total de 543,43 semanas (f°87 archivo GJR-NOT-AF-2021-9509377 archivo Expediente Administrativo de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); y **iii)** que el 26 de septiembre de 1995, solicitó el traslado al RAIS mediante la suscripción de un formulario de vinculación con Protección S.A., el cual se hizo efectivo a partir del **01 de octubre de 1995** (f° 20 y 66 archivo 05, de la carpeta 1ª inst. exp. Digital), administradora a la que continúa afiliado.

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 que el actor se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad –**01 de octubre 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 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).

Frente al reparo formulado por Colpensiones según el cual para la fecha en que el demandante llevó a cabo el traslado al RAIS, Protección S.A. cumplió con las exigencias que la Ley establecía, 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 fondos de pensiones de informar de manera integral y suficiente a los afiliados del sistema sobre las implicaciones del acto de traslado, a efectos de que estos pudiesen escoger el régimen pensional que les resultara 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 parágrafo 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.»*. De ahí que el simple diligenciamiento de un formulario no resultare suficiente para el cumplimiento de la anterior disposición.

En este sentido, aun cuando en el expediente obra el formulario de solicitud de afiliación de la AFP 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).

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 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). Al respecto, se observa que la Juzgadora omitió ordenar el reembolso de las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y la respectiva indexación de todos los valores objeto de devolución.

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 el accionante en su cuenta de ahorro individual, toda vez que el a quo omitió ordenar en su totalidad la devolución de los mismos.

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 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 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 formulado por esta en contra de la sentencia de primera instancia.

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,

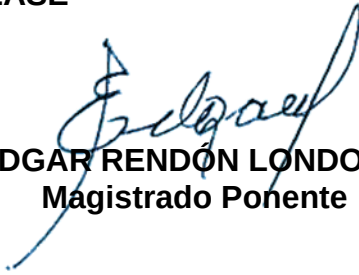
RESUELVE:

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 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.

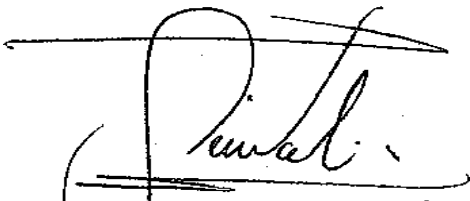
SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES 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,
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	110013105006202000181-01
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	JOSÉ GABRIEL SUSA CASTRO
DEMANDADO	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES

En Bogotá D. C. a los treinta y uno (31) días del mes de agosto 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 Gabriel Susa Castro** se le reconozca los siguientes ciclos pensionales: *i)* Arturo Arias Castro desde el 1 de noviembre de 1982 al 28 de febrero de 1986, y *ii)* Abel Corredor Fonseca del 1 de marzo de 1986 al 1 de junio de 1997; en consecuencia, se condene a la entidad demandada a reconocerle y pagarle la pensión de vejez con su correspondiente retroactivo debidamente indexado (f° 4, expediente físico).

Como hechos fundamento de las pretensiones (f.° 3 a 4, exp físico), señaló en síntesis, que se afilió al ISS el 14 de abril de 1970; que laboró para el empleador Abel Corredor Fonseca desde marzo de 1986 a junio de 1997, prueba de ello se cuenta con la segunda página de la relación de novedades emitida por la Gerencia Nacional de Historia Laboral y Nómina de Pensionados de la Vicepresidencia de Pensiones del Seguro Social, sin que se cuente con la primera página.

Narró que, solicitó ante Colpensiones mediante radicado No. 2018_12104146 del 25 de septiembre de 2018, la actualización de su historia laboral, en especial en lo

concerniente con el empleador Abel Corredor Fonseca identificado con el ID 00019183787, a quien le trabajó desde marzo de 1986 hasta junio de 1997; que Colpensiones mediante radicado BZZ2018_12104146-3938009, dio contestación a la solicitud señalando que en cuanto al ciclo 1982-11 a 1986-02, se encontraba en proceso de búsqueda y verificación en sus diferentes fuentes de consulta, en cuanto a los ciclos 1986-03 a 1994-12 y 1995-01 a 1997-06, indicó que no se encontraba registros de pagos a su nombre para los periodos reclamados, por lo que era necesario que se suministrará documentos probatorios y/o soportes, para poder adelantar el proceso de corrección si había lugar.

Sostuvo que, ante la respuesta otorgada por la entidad, procedió a oficiar al Patrimonio Autónomo de Remanentes del extinto ISS y a Colpensiones con el fin de encontrar la información necesaria para que se le reconociera el tiempo solicitado a fin de que se le otorgará el beneficio pensional; que el Patrimonio Autónomo de Remanentes del extinto ISS le contestó informándole que al consultar la Unidad de Gestión Documental de dicha entidad, se obtuvo que se había hecho entrega documental a Colpensiones de formulario de afiliación mediante acta 03/01/2017, adicionalmente no existía unidades documentales asociadas a nombre o número de documento a nombre del señor Susa.

Dijo que, Colpensiones en respuesta a la petición allegó CD con el expediente administrativo del accionante dentro del cual únicamente se encontraba tarjeta de identificación del 21 de octubre de 1972, formulario de vinculación o actualización del sistema general de pensiones del 6 de octubre de 2008, y un reporte de semanas cotizadas del periodo 1967 a 1994, del 25 de octubre de 2004, donde se encontraba relacionado el vínculo laboral con Arturo Arias Castro, siendo una información muy precaria.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (f.º 37 a 46 exp. Físico), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó fecha de afiliación al ISS, solicitud de actualización de la historia laboral, respuesta otorgada por la entidad y entrega de medio magnético con el expediente administrativo del actor. Respecto de los demás hechos manifestó no constarle.

Propuso como excepciones de fondo, las de falta de legitimación en la causa por pasiva, falta de causa para pedir, inexistencia de la obligación y cobro de lo no

debido, prescripción, buena fe de Colpensiones, no configuración del derecho al pago de indexación o reajuste alguno, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, presunción de legalidad de los actos administrativos, compensación, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 8 de noviembre de 2021 (CD f.º 92 exp. físico), resolvió:

PRIMERO: ABSOLVER a la accionada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES de las pretensiones de la demanda, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: COSTAS a cargo de la parte demandante vencida en el proceso, se fija la suma de \$300.000, por concepto de agencias en derecho.

Como **fundamento a su decisión**, la Juez señaló que el demandante nació el 28 de noviembre de 1952, es decir, que a la vigencia de la ley 100 de 1993, tenía más de 40 años de edad, específicamente 41 años, 4 meses y 3 días, de manera que se había hecho acreedor del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la citada norma; que a la entra en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, julio 29 de igual año, acreditaba 411,58 semanas.

Respecto de la inclusión de los ciclos 1 de noviembre de 1982 al día 28 de febrero de 1986, con el empleador Arturo arias castro y del 1 de marzo de 1986 y el día 30 de abril de 1997, con el empleador Abel corredor Fonseca, sostuvo que dentro del expediente no obraba acreditación de dicha vinculación laboral; tampoco existía acreditación de afiliación al sistema de seguridad social en pensiones, por lo tanto, no había lugar a contabilizar los periodos reclamados para el cálculo de la densidad de semanas cotizadas.

Indicó que, si bien el demandante acreditaba los requisitos para ser beneficiario del régimen de transición, para la vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, solo contaba con 411,58 semanas, es decir, que no había alcanzado las 750 semanas de cotización para extender el régimen de transición hasta el año 2014, luego no acreditaba una situación pensional consolidada al día 31 de julio del año 2010, bajo la normatividad regulada por el Acuerdo 049 de 1990, porque acreditó 180,2 semanas durante los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de la edad legal, es decir, 28

de noviembre de 1992 al 28 de noviembre de 2012, ni tampoco se probó un mínimo de 1,000 semanas durante toda su vida laboral.

RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandante**, interpuso recurso de apelación argumentando que frente al tiempo que se estaba reclamando y que correspondía al periodo laborado con el empleador Arturo Arias Castro desde el 1 de noviembre de 1982 al 28 de febrero de 1986,m y con Abel Corredor Fonseca desde el 1 de marzo 1986 al 1 de junio de 1997, se había aportado la segunda hoja del certificado expedido por la Vicepresidencia del Seguro Social, debiéndose encontrar dentro del expediente administrativo del actor la primera hoja, la cual no militaba allí; que sobre el tema debía tenerse en cuenta lo dispuesto por la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral, quien contemplaba un criterio que se alejaba mucho de lo dicho por Colpensiones, ya que no establecía que se debiera presentar certificación laboral o un certificado de pago, pues se trataba de periodos laborados mucho tiempo atrás, por lo que los trabajadores no estaban en la obligación de contar con esa documentación, sino que le correspondía al Seguro Social quien tenía el deber de alimentar la base de datos conforme a lo reportado.

Adujo que, si bien era cierto que no se contaba con el documento completo, sí se estaba dando el indicio conforme lo indicaba la Corte de que el trabajador tuvo una vinculación laboral; por lo tanto, en cumplimiento del principio de *In dubio pro operario* debió haberse tenido en cuenta ese certificado, toda vez que quien lo emitía era la vicepresidencia de pensiones del Seguro Social, siendo un documento privado y no un documento público, además de ser la entidad que regulaba las pensiones para esa fecha, por lo que solicitó se revoque la decisión, porque a diferencia de lo que había dicho la apoderada de Colpensiones y la Juez de primera instancia, sí se había certificado un vínculo laboral; que si bien no se tenía la forma exacta de probar los tiempos, ello se debía por el lapso temporal que había transcurrido y el demandante no había tenido la previsión de guardarlos, pues nunca pensó que se le fueran a perder esas semanas.

Agregó que, era la entidad demandada quien debía contar con el documento faltante y el cual debía estar incorporado dentro del expediente administrativo del actor, considerando que se hicieron todos los trámites pertinentes para actualizar la historia laboral y Colpensiones siempre contestó que se necesitaba unas certificaciones laborales que ya por el tiempo no se contaba con ellas, frente a lo cual debía tenerse en cuenta que la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral había dicho que

cualquier documento que generará un vínculo laboral debía ser reconocido a favor del trabajador, cumpliendo así con los requisitos para ser acreedor a la pensión solicitada.

De otra parte, sostuvo que el hecho de que el señor José Susa hubiere recibido una indemnización sustitutiva no implicaba que no se le pudiera reconocer la pensión vejez, pues del valor del retroactivo podía descontarse el valor de la indemnización sustitutiva recibida; concluyendo que nada de lo que se había pedido se encontraba por fuera del parámetro legal.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante.

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 entre el 11-1982 al 02-1986, con el empleador Arturo Arias Castro y del 03-1986 al 06-1997, con el empleador Abel Corredor Fonseca; y **ii)** si el señor José Gabriel Susa 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.

En el presente asunto no es materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: **i)** que el señor José Gabriel Susa Castro nació el 28 de noviembre de 1952 (f° 24, exp. Físico); **ii)** que se encuentra afiliado a Colpensiones, cotizando desde el 14 de abril de 1970, hasta el 31 de agosto de 2018, un total de 743,29 semanas de cotización (CD f° 30, expediente administrativo, PDF HHistoriaLaboralGenerada_20190220_120936); **iii)** que mediante resolución SUB 119042 del 15 de mayo de 2019, le fue otorgada indemnización sustitutiva (f° 65, exp. físico).

Reconocimiento de semanas

En relación a los tiempos en mora registrados dentro de la historia laboral de los afiliados al sistema de seguridad social en pensiones, la alta Corporación de cierre

de la Jurisdicción Ordinaria Laboral ha sostenido que para efectos de contabilizar las semanas cotizadas por el afiliado deben tenerse en cuenta además de las consignadas oportunamente, las pagadas extemporáneamente y las que se encuentran en mora, dada la falta de gestión de cobro por parte de la administradora a la que se encuentre vinculado; así dijo en la sentencia CSJ SL984-2019, en la que se expresó lo siguiente:

La cuestión planteada por la censura, se concreta a establecer si deben computarse los aportes pagados extemporáneamente para dilucidar el derecho pensional. Sobre el particular, esta Corporación de forma reiterada ha señalado que las administradoras de pensiones deben agotar diligente y oportunamente las gestiones de cobro ante los empleadores, de suerte que, de omitirse esta obligación, serán responsables por el pago de la prestación a que haya lugar, según la normativa aplicable.

En ese sentido se refirió la jurisprudencia de esta Sala, desde hace más de una década en providencia CSJ SL 32384, 28 oct. 2008, postura que ha reiterado invariable y pacíficamente desde entonces, en las sentencias CSJ SL907-2013, CSJ SL5429-2014, CSJ SL16814-2015, CSJ SL8082-2015, CSJ SL4818-2015, CSJ SL15718-2015, CSJ SL11627-2015, CSJ SL16814-2015, CSJ SL13266-2016, CSJ SL 4952-2016, CSJ SL6469-2016, CSJ SL15980-2016, CSJ SL17488-2016, CSJ SL13877-2016, CSJ SL685-2016, CSJ SL3707-2016, CSJ SL4892-2016, CSJ SL5166-2016, CSJ SL685-2017, CSJ SL3707-2017, CSJ SL4892-2017, CSJ SL5166-2017, CSJ SL3301-2018 y CSJ SL5570-2018, entre otras.

*Bajo esa línea jurisprudencial queda claro entonces que, a efectos de contabilizar las semanas cotizadas por el afiliado a fin de verificar si cumple o no con los presupuestos legales tendientes a obtener el derecho pensional, **deben tenerse en cuenta a más de las consignadas oportunamente, las pagadas extemporáneamente y las que se encuentran en mora, dada la falta de gestión de cobro por parte de la administradora a la que se encuentre vinculado.***

Ello es así, en criterio de la Corte, porque la cotización al sistema de pensiones se origina con la actividad que como trabajador despliega el afiliado, de manera que los aportes son consecuencia inmediata de la prestación del servicio en cuyo pago y recaudo, tienen obligación empleadores y administradoras.

No se trata, como lo sugiere la censura, que la Corte avale el reconocimiento y pago de pensiones a cargo de las administradoras de pensiones, desconociendo la obligación que tiene los empleadores de efectuar las cotizaciones, pues a la conclusión cuya revisión impetra la recurrente, ha llegado la Corporación por el ejercicio hermenéutico de las normas que integran el sistema e imponen obligaciones a unas y otros para garantizar el derecho a la pensión de los trabajadores, así como para afianzar el equilibrio financiero del sistema en el que insoslayablemente tienen interés los fondos de pensiones, con el objetivo de lograr la eficiencia de su funcionamiento en beneficio propio y, además, como valor o principio supremo, para cumplirle a sus afiliados con el pago de las prestaciones a su cargo.

*Así entonces, tal y como acertadamente lo sostuvo el Tribunal, **se impone a las administradoras de pensiones la ineludible obligación de iniciar las acciones de cobro pertinentes, cuando el empleador se sustraiga de su cancelación o de su pago oportuno.** Para el cumplimiento de esa gestión, el sistema de seguridad social les otorgó a dichos entes herramientas jurídicas suficientes para desplegar control, requerir a los morosos e iniciar acciones de cobro, además de contemplar en su favor, intereses o multas.*

Es por lo anterior que esta Sala de la Corte ha reiterado que al concurrir las obligaciones antedichas en empleadores (pago de aportes) y administradoras (cobro de aportes en mora), su incumplimiento no puede afectar al afiliado quien cumplió con su trabajo y el aporte al sistema de pensiones previamente descontado del pago

mensual de su salario. En ese orden, teniendo en cuenta que el ad quem se avino al criterio referido y comoquiera que no se vislumbra un motivo para variarlo, se descarta el yerro jurídico que se le endilga. (Negrilla fuera del texto original).

Asimismo, ha sostenido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que es necesario demostrarse la existencia de una relación laboral a fin de convalidar ciclos en mora, tal y como se dijo en sentencia CSJ SL3056-2019, en la que señaló:

Recuérdese que sobre el tema ya se ha pronunciado la Sala tal y como lo adocrinó en sentencia CSJ SL 33476, 30 sep. 2008, reiterada, entre otras, en la CSJ SL11627-2015, en la que señaló que «la cotización se origina con la actividad [del] trabajador», de modo que los aportes al sistema son consecuencia inmediata de la prestación del servicio en cuyo pago y recaudo, tienen obligación empleadores y administradoras.

Desde esa perspectiva, aun cuando exista la anotación de tardanza en el pago de determinada cotización, la mora solo se avala si se causa por el desarrollo de una actividad laboral y, como en este asunto, ello no se acreditó respecto de la empleadora Flores Calima S.A. en los periodos del 16 de diciembre de 1995 a septiembre de 1999, los mismos no pueden convalidarse. De ahí que la duda suscitada en la Sala en sede del recurso extraordinario de casación era fundada.

Criterio que fue reiterado en sentencia CSJ SL5689-2021, en la cual esa misma Corporación sostuvo:

Por otra parte, la Sala también ha establecido que los efectos pensionales de la mora antes referida se sustentan en la demostración de «una relación de trabajo» mediante «pruebas razonables o inferencias plausibles» (CSJ SL1355-2019 y CSJ SL3056-2019), de modo que no cualquier registro de deuda implica su validación. (Negrilla fuera del texto original).

En cuanto a la validez de semanas que se encuentren consignadas dentro de un documento proveniente de la entidad pensional, la alta Corporación Ordinaria Laboral ha sostenido que deben considerarse genuinos, siempre y cuando contengan datos que permitan reputarlo como auténticos, tal y como lo adocrinó en sentencia CSJ SL5170-2019, en la que expuso:

Así, la Sala debe determinar si el ad quem se equivocó al restarle validez al resumen de cotizaciones de folios 10 a 15 por no encontrarse suscrita por un funcionario de Colpensiones.

Con tal objeto, es pertinente reiterar que la eficacia probatoria de un documento depende de la posibilidad de saber a ciencia cierta quién es su autor genuino. A partir de este conocimiento, se abre la posibilidad de entrar a valorar intrínsecamente su contenido conforme a las reglas de valoración probatoria y la sana crítica previstas en el Código General del Proceso y en el Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

En tal contexto, el artículo 243 del Código General del Proceso establece que los documentos se dividen en públicos y privados; el inciso 1.º del artículo 244 del

mismo estatuto procesal prevé que es auténtico un documento «cuando existe certeza sobre la persona que lo ha elaborado, manuscrito o firmado, o cuando exista certeza respecto de la persona a quien se atribuye el documento», y el inciso 2.º preceptúa que «los documentos públicos y los privados emanados de las partes o de terceros, en original o en copia, elaborados, firmados o manuscritos, y los que contengan la reproducción de la voz o de la imagen, se presumen auténticos, mientras no hayan sido tachados de falso o desconocidos, según el caso».

*A la luz de lo anterior, y teniendo en cuenta que la autenticidad significa tener certeza o seguridad sobre el autor de un documento, a tal convencimiento no solo se llega a través de la firma. Como se expresó en la sentencia CSJ SL14236-2015, **el conocimiento en torno acerca del creador genuino de un documento también puede adquirirse a través de otros signos de individualización de la prueba, tales como las marcas, improntas, signos físicos, digitales o electrónicos, e incluso de la conducta procesal de las partes o sus afirmaciones, cuando con ellas reconocen expresa o tácitamente su autenticidad.*** (Subrayado y negrillas fuera del texto original)

Además, el mundo atraviesa por transformaciones tecnológicas disruptivas, en las cuales la digitalización de las empresas, trámites y procesos son el común denominador. Por ello, la firma o los manuscritos han ido quedando relegados con la incorporación de trámites y servicios en línea, a través de los cuales los usuarios de las entidades pueden obtener con seguridad y confianza documentos de su interés contenidos en bases de datos.

Desde este punto de vista, aunque la firma de un documento aún sigue siendo importante a la hora de establecer su autenticidad, lo cierto es que con la digitalización de las empresas y procesos, ha ido perdiendo protagonismo para darle paso a nuevas herramientas tecnológicas que permiten la obtención de documentos en línea, de manera segura, eficiente y confiable.

Ello ocurre con el reporte de semanas obtenido por los afiliados a través del portal de internet de Colpensiones, el cual si bien no viene suscrito por un funcionario de esa entidad, sí contiene datos que permiten reputarlo como auténtico, tales como la fecha de impresión, la hora, la secuencia de la información allí registrada, los emblemas, entre otros signos.

Por otro lado, no puede pasarse por alto que el artículo 244 del Código General del Proceso presume como auténticos esta clase de documentos impresos desde portales digitales, mientras no se tachan de falsos o se desconozcan.

Ahora, lo expuesto no significa que el juez no pueda en determinadas circunstancias desconfiar o tener sospechas sobre la autenticidad de un documento. De hecho, es válido que las tenga, siempre que sean objetivas y razonables. Cuando así sea, está en la obligación de pedir la prueba a la entidad administradora de pensiones para disipar esas dudas y fallar conforme a la verdad real.

Bajo estos parámetros jurisprudenciales, procede la Sala a revisar el material probatorio con el fin de verificar si es posible sumar en la historia laboral del actor los ciclos reclamados. Respecto al ciclo 11-1982 al 02-1986, con el empleador Arturo Arias Castro, se encuentra expediente administrativo aportado por el actor y que fue entregado por Colpensiones el 21 de febrero de 2019, mediante oficio BZ2019_2087834-0470291, como da cuenta la documental que milita a folio 29 del plenario (CD fº 30), evidenciándose dentro de dicho medio magnético que obra documento expedido por la vicepresidencia de pensiones del ISS, denominado reporte de semanas cotizadas periodo 1967 – 1994, en la cual aparece el señor José Gabriel

Susa afiliado con el empleador Arturo Arias Castro para el ciclo 02-1986, con su respectiva novedad de retiro, tal como se puede ver en el siguiente pantallazo:

Número Aportante: 01004004133 P 11 ARTURO ARIAS CASTRO													
Afiliación	Novedad	Fecha	Día	Salario	T.A.	Seguros	Nnc	Aud	E	Inc	Dec	File	Anti
919188057	Ingreso	1986/02/27	0	\$ 21.420	1	P.S.R							
919188057	Retiro	1986/02/28	28	\$ 21.420	1	P.S.R							

Reporte que también fue consignado en la historia laboral detallada transcrita por Colpensiones, así:

010934945	Retiro	1982/10/24	0	\$ 9.480	1	P.S.R							

Número Aportante: 01004004133 P 11 ARTURO ARIAS CASTRO													
Afiliación:	Novedad	Fecha	Día	Salario	T.A.	Seguros	Nnc	Aud	E	Inc	Dec	File	Anti
919188057	Ingreso	1986/02/27	0	\$ 21.420	1	P.S.R							
919188057	Retiro	1986/02/28	28	\$ 21.420	1	P.S.R							

Número Aportante: 01004004133 P 11 ARTURO ARIAS CASTRO													

Igualmente, se puede apreciar de la historia laboral actualizada al 20 de febrero de 2019, expedida por Colpensiones, que dicho ciclo aparece registrado, tal y como se puede ver a continuación:

1004004133	ARTURO ARIAS CASTRO	24/01/1986	28/02/1986	\$21.420	5,14	0,00	0,00	5,14

Si bien no se desconoce que existió una afiliación por parte del empleador Arturo Arias Castro a favor del actor, pues así da cuenta la documental antes dicha, no puede entenderse que la relación laboral se dio a partir de noviembre del año 1982, y por ende, deba considerarse que la entidad demandada no cumplió con su obligación de cobro, pues no existe dentro del plenario prueba que acredite esa relación laboral desde el periodo reclamado como tampoco obra constancia de su afiliación previo al periodo detallado en la historia laboral, siendo requisito indispensable para tomar en cuenta los ciclos reclamados, pues así lo dejó dicho la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en las sentencias antes referidas y no de la manera como fue interpretado por el apelante.

En cuanto al ciclo 03-1986 al 06-1997, con el empleador Abel Corredor Fonseca, tampoco existe certeza de una relación laboral durante todo ese interregno, ni se cuenta tampoco con alguna documental proveniente de la entidad pensional en que de constancia de la afiliación por parte del empleador a partir de marzo del año 1986; tan solo obra en el informativo la documental expedida por el ISS –

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 24 del expediente, se tiene que nació el **28 de noviembre de 1952**, por lo que al 1° de abril de 1994, contaba con 42 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 Parágrafo transitorio 4° del Acto Legislativo 01 de 2005, dispone que este no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010, excepto para las personas que estando en el mismo, tengan cotizadas **750 semanas** o su equivalente en tiempo a la entrada en rigor de dicho acto, a quienes se les mantendrá el referido régimen **hasta el año 2014**.

Al constatar si el demandante cuenta con 750 semanas cotizadas a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, esto es, al 29 de julio de 2005, se observa de la historia laboral actualizada al 20 de febrero de 2019, los siguientes aportes, debiendo aclararse que verificada cada una de las historias laborales obrantes dentro del expediente administrativo del actor, no figuran las semanas que fueron señaladas por el *a quo*, por lo que se tomó la historia laboral más reciente:

ACTUALIZADO A: 20 febrero 2019

INFORMACIÓN DEL AFILIADO			
Tipo de Documento:	Cédula de Ciudadanía	Fecha de Nacimiento:	28/11/1952
Número de Documento:	19188057	Fecha Afiliación:	14/04/1970
Nombre:	JOSE GABRIEL SUSA CASTRO	Correo Electrónico:	rosmarys22@gmail.com
Dirección:	CL 49 A BIS SUR # 2 - 30 ESTE	Ubicación:	
Estado Afiliación:	Activo Cotizante		

RESUMEN DE SEMANAS COTIZADAS POR EMPLEADOR

En el siguiente reporte encontrará el total de semanas cotizadas a través de cada uno de sus empleadores o de sus propias cotizaciones como trabajador independiente, es decir, las que han sido cotizadas desde enero de 1967 a la fecha. Recuerde que la Historia Laboral representa su vida como trabajador, la que usted ha construido mes a mes y año a año.

[1]Identificación Aportante	[2]Nombre o Razón Social	[3]Desde	[4]Hasta	[5]Último Salario	[6]Semanas	[7]Lic	[8]Sim	[9]Total
1006106527	INTERANDINA DE DROGA	14/04/1970	11/06/1970	\$450	8,43	0,00	0,00	8,43
1002001650	PRODUCTOS CHISPITA L	01/04/1972	23/09/1972	\$660	25,14	0,00	0,00	25,14
1006111171	SUAREZ VARGAS ALFRED	12/02/1973	09/02/1974	\$660	51,86	0,00	0,00	51,86
1006111171	SUAREZ VARGAS ALFRED	15/03/1974	11/02/1975	\$1.290	47,71	0,00	0,00	47,71
1006102605	SUPERMERCADOS MARION	17/05/1976	25/03/1981	\$14.610	253,43	0,00	0,00	253,43
1002301093	HILATURAS ACRYLICAS	06/10/1982	24/10/1982	\$9.480	2,71	0,00	0,00	2,71
1004004133	ARTURO ARIAS CATRO	24/01/1986	28/02/1986	\$21.420	5,14	0,00	0,00	5,14
79506744	QUITIAN MARIN JOSE	01/04/2005	30/04/2005	\$385.000	0,00	0,00	0,00	0,00
79506744	JOSE RICARDO QUITIAN	01/05/2005	31/05/2005	\$13.000	0,14	0,00	0,00	0,14

Como bien se puede apreciar, de esa última historia laboral expedida por Colpensiones el actor contaba para el 29 de julio de 2005, con 394,56 semanas de cotización, al sumarse el ciclo aquí reconocido y que corresponde al 05-1997 y 06-

1997, obtendría un total de 403,14 semanas; incluso al sumarse el periodo que aparece en 0 dentro de la historia laboral antes dicha, correspondiente al ciclo 04-2005, obtendría un total de 407,43 semanas de cotización, sin que logre acreditar las 750 semanas requeridas, por lo que en su caso el régimen de transición no se extendió hasta el 2014.

Tampoco logró acreditar los requisitos del Acuerdo 049 de 1990, para el reconocimiento de la pensión de vejez al 31 de julio de 2010, pues 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 28 de noviembre de 2012, momento para el cual contaba con 154,75 semanas de cotización en los 20 años anteriores y 549,17 semanas de cotización en toda su vida laboral.

En consecuencia, se confirmará la decisión de primera instancia.

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo la parte demandante, 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 apelada, proferida por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones anteriormente expuestas.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



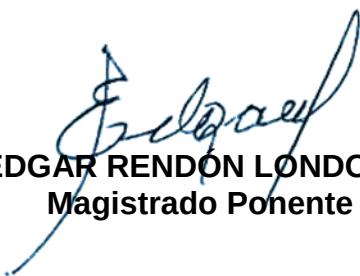
DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

AUTO DEL PONENTE:

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la parte demandante y en favor de Colpensiones, la suma de \$580.000.



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	11001310500720210041301
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	URIEL SANDOVAL RUEDA
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 días (31) días del mes de agosto 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 **URIEL SANDOVAL RUEDA** se **declare** la ineficacia y/o nulidad de su traslado del régimen de prima media con prestación definida (en adelante RPM) al de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS) efectuado con Porvenir S.A., por no haber sido precedido de una debida asesoría. Como consecuencia de lo anterior, solicita que se **ordene** a la AFP y a Colpensiones adelantar las gestiones necesarias para retornarlo al RPM; que se ordene a Porvenir S.A. devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de su afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus rendimientos e intereses; que se **ordene** al fondo público a continuar con su afiliación; 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 a 18 archivo 1, carpeta 1ª inst. exp. digital), señaló, en síntesis, que nació el 04 de agosto de 1960; que se afilió al RPM con el ISS hoy Colpensiones el 14 de agosto de 1984, donde acumuló un total de 108,43 semanas; que posteriormente el 01 de agosto de 1994, se trasladó al RAIS con la AFP Porvenir S.A. a través del diligenciamiento de un formulario de afiliación; que al momento del traslado de régimen la AFP no efectuó una asesoría profesional, completa, clara, suficiente y oportuna que le permitiera conocer las características, condiciones y riesgos reales de trasladarse al RAIS.

Manifestó que, de pensionarse en Porvenir S.A. su mesada ascendería a un salario mínimo legal mensual vigente para el año 2021, mientras que en el RPM su mesada sería de \$1.094.786 situación que jamás le fue advertida al momento de efectuar el traslado y que elevó peticiones a Colpensiones y a Porvenir solicitando la ineficacia de su afiliación al RAIS y su retorno al RPM, las cuales fueron contestadas negativamente por ambas entidades.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (f°1 - 42 archivo 13 carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que el 14 de agosto de 1984, el actor se afilió al Sistema General de Pensiones con el ISS – hoy Colpensiones donde cotizó un total de 108,43 semanas; que posteriormente se trasladó al RAIS y que presentó ante esta entidad una solicitud de ineficacia de afiliación al RAIS y de retorno al RPM la cual fue despachada de manera negativa. Respecto de los demás hechos indicó 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.

De otro lado, la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** contestó (f° 1 – 29 archivo 16, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que el demandante nació el 04 de agosto de 1960; que se trasladó al RAIS a través del diligenciamiento de un formulario de afiliación con la AFP Horizonte

hoy Porvenir el 01 de agosto de 1994; que el 11 de mayo de 2021, el demandante presentó derecho de petición radicó encaminado a que se anulara su afiliación al RAIS y se le retornada al RPM. Respecto de los demás hechos, indicó que no eran ciertos o que no le constaban.

Como excepciones de mérito, propuso las de inexistencia 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 febrero de 2023 (archivos 26 – 27 carpeta 1ª inst. exp. digital), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación y traslado realizado por:

- ✓ *El señor URIEL SANDOVAL RUEDA con la AFP COLPATRIA hoy PORVENIR el 25 de julio de 1994 contenida en el formulario No. P507.*
- ✓ *El señor URIEL SANDOVAL RUEDA con la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR el 19 de junio de 1997 contenida en el formulario No. 384832.*

SEGUNDO: ORDENAR a PORVENIR S.A., a trasladar la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual de la que es titular el señor URIEL SANDOVAL RUEDA 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 1994, 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 termino 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 ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTIAS – PORVENIR 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 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, por lo que no se trataba por tanto de una carrera de los promotores por capturar a los ciudadanos, sin importar las repercusiones que ello pudiera tener en el futuro, conforme lo estableció la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral, en consonancia con lo previsto en el artículo 33 numeral 1 del artículo Decreto 663 de 1993.

Dijo que, el artículo 1603 del Código Civil consagraba el principio de transparencia, interés general y buena fe en la celebración de contratos, el cual implicaba que las partes debían contar con la información suficiente sobre los actos que celebran, máxime tratándose de relaciones contractuales derivadas del Sistema de Seguridad Social. Después de hacer un recuento normativo sobre la evolución del deber de información a cargo de las AFP basado en las sentencias CSJ SL1452-2019 y CSJ SL1988-2019, afirmó que al momento de la afiliación y traslado de régimen pensional que efectuó el demandante en el año 1994, las AFPs debían cumplir con lo previsto en el artículo 13 literal b), artículos 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, disposiciones que establecían la carga de suministrar una información veraz, orientada a la administración y reconocimiento de la seguridad social. Destacó además que la obligación de suministrar la obligación debida no se agotaba únicamente al momento de afiliación, sino durante toda la vinculación, razón por la cual los otros fondos privados que han mantenido la afiliación del demandante al RIAS también eran garantes del suministro de la información necesaria para que hubiese decidido su permanencia en el RAIS.

Indicó que, la AFP era la que 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 ese tipo de negaciones no requería prueba, de manera que a quien le correspondía comprobar el hecho positivo contrario, es decir, la debida asesoría e información, era a la administradora de fondos privado demandada. Adicionalmente manifestó que, lo anterior se acompasa con lo previsto en el artículo 1604 del Código Civil; que consiga que la prueba de la diligencia o cuidado incumbía al que ha debido emplearlo, que en este caso naturalmente era Porvenir S.A.

Al examinar el caso en concreto determinó que, en el expediente constaba que el demandante se afilió al RPM desde el 14 de agosto de 1984; que el 25 de julio de 1994, solicitó el traslado al RAIS con la AFP Colpatria hoy Porvenir S.A. a través del diligenciamiento de un formulario y que, posteriormente, a través de formulario diligenciado el 19 de junio de 1997, el actor efectuó un traslado horizontal a la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A., donde continuaba vinculado.

Respecto del interrogatorio de parte del actor, el a quo destacó que él expuso que es abogado y magister en Derecho Administrativo; que cuando inició su vida laboral se vinculó al ISS; que, en el año 1994, por sugerencia de los funcionarios del banco BBVA, entidad financiera de la que era cliente, se trasladó al RAIS debido a que aquellos le indicaron que ese régimen resultaba más favorable para sus intereses y además que sus aportes generarían rendimientos financieros.

Adujo que, en el expediente no existía prueba distinta del traslado que el formulario de solicitud de afiliación, de manera que no obraba en el plenario ningún medio probatorio que demostrara que al momento de efectuar el cambio de régimen en 1994, y los años siguientes, al demandante se le hubiera suministrado la información veraz, clara, precisa, comprensible y detallada respecto a las consecuencias que traería para su futuro pensional la decisión de trasladarse. Preciso que, el formulario de traslado era un verdadero contrato de adhesión que no contenía la información suficiente como para que se pudiera inferir de él que se cumplió con ese deber de carácter legal a cargo de la AFP, por ello, indicó que no constituía un medio probatorio suficiente para acreditar que al demandante sí se le proporcionó la información adecuada requerida para que ella tomara una decisión que atendiera a sus reales intereses.

En lo que respecta a los presuntos actos de relacionamiento por el traslado horizontal realizado por el demandante, precisó que no podían tenerse como tales en el sentido en que no se evidenciaba que se hubiese superado la omisión de información inicial, pues Porvenir S.A. tampoco acreditó que al momento de la vinculación a Horizonte el actor hubiese recibido algún tipo de reasesoría.

Manifestó que, las afiliaciones a la AFP Porvenir S.A. quedarían sin efecto, es decir, serían declaradas como ineficaces, por lo que se debería devolver la situación del demandante al estado en que estaría si los actos de traslado no hubiesen existido jamás, de manera que ordenaría igualmente la devolución de la totalidad de los valores

depositados en la cuenta de ahorro individual de la que era titular el demandante y que ello debía incluir la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros que se causaran a la entrega del dinero.

Adujo que, Colpensiones no cumplió con su carga probatoria de acreditar que efectivamente la ineficacia y el retorno de la afiliación del demandante atentaba contra la sostenibilidad financiera del sistema, dado que con la devolución de los aportes y demás réditos provenientes de la AFP ello quedaría cubierto, precisando que esta entidad no aportó un cálculo de rentabilidad equivalencia que demostrara tala alegación.

Respecto de la prescripción indicó que la seguridad social es un derecho de carácter irrenunciable cobijado por el principio de imprescriptibilidad, posición que tiene asidero en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral CSJ SL 59174-2019.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES presentó recurso de apelación, solicitando que se revocara la decisión en su integridad. Para tal efecto, argumentó que no obraba prueba de que el demandante al momento del traslado hubiese presentado un vicio en su consentimiento por error, fuerza o dolo, que en este caso lo que se debatía era un error de derecho, que no tenía la virtualidad para generar la ilegalidad de la afiliación del actor. Agregó que, el *a quo* había efectuado una indebida interpretación del artículo 1604 del Código Civil, debido a que enmarcó el caso dentro de una responsabilidad objetiva sin exigirle al actor prueba alguna del supuesto vicio del consentimiento, lo que quebrantaba el principio de carga probatoria.

Expresó que, en el Decreto 2241 de 2010, se habían establecido obligaciones recíprocas entre los afiliados y las entidades del sistema, de modo que los primeros tenían la obligación de informarse adecuadamente sobre el funcionamiento del régimen pensional cuestión que en este caso no se cumplió; que al haberse presentado un silencio de más de 20 años del actor, resultaba claro su deseo de permanecer en el RAIS. Además, resaltó que en este caso el Juzgador no tuvo en cuenta que el deseo del demandante de retornar al RAIS estaba basado netamente en la diferencia en las mesadas pensionales entre ambos regímenes, argumento que no resultaba válido para ordenar el retorno; que con la decisión de primera instancia se estaba afectando directamente la sostenibilidad fiscal del mismo, como quiera que

se estaría subsidiando una pensión de una persona que no había realizado aportes por más de 20 años, afectando los intereses de los afiliados que han permanecido en el RPM. Finalmente, cuestionó la condena en costas indicando que debía ser revocada en razón a que Colpensiones no había participado en el acto declarado ineficaz y que esta entidad sólo estaba autorizada para a ver pagos relaciones con prestaciones económicas del sistema de pensiones.

PORVENIR S.A. presentó recurso de apelación, solicitando que se revocara la decisión en su integridad. Para tal efecto argumentó que no existían razones de hecho o de derecho para declarar la ineficacia, debido a que el actor de manera voluntaria tomó la decisión de afiliarse al RAIS, lo cual se demostró con el diligenciamiento del formulario de afiliación y la ausencia de cuestionamiento u objeción durante más de 20 años de su vinculación. Frente a la condena de reembolsar gastos de administración, cuestionó que no resultaba coherente que se declarara la ineficacia en unos sentidos y en otros no, como quiera que el efecto de dicha figura era que el negocio no se había celebrado jamás, en este sentido, se debía entender que los frutos dados o rendimientos generados por la gestión de Porvenir S.A. no se causaron, por lo que no era procedente ordenar el reembolso de estos valores.

Refirió también que, al ser los rendimientos financieros exclusivos del RAIS ello significaría que no se generarían en el RPM, por lo que no deberían ser devueltos y, de ser así, se produciría un enriquecimiento sin justa causa para Colpensiones; que de llegarse a mantener la decisión de declarar ineficaz el traslado, el Tribunal debía ordenar las restituciones mutuas por concepto de la compensación económica a favor de Porvenir S.A, entre los rendimientos generados y los gastos de administración, indicando además que tampoco era dable ordenar la indexación de las sumas, pues los rendimientos entregados superaban la depreciación del dinero en el tiempo. Finalmente, arguyó que las primas de los seguros previsionales no podían ser devueltas debido a que las coberturas de las pólizas fueron debidamente otorgadas.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver los recursos de apelación presentados por Porvenir 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 el demandante a través de la AFP Porvenir 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.

En el presente asunto no son materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: **i)** que el señor **URIEL SANDOVAL RUEDA** nació el 04 de agosto de 1960 (f° 01- archivo 06 de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); **ii)** que cotizó al ISS entre el 08 de agosto de 1980, y el 31 de julio de 1994, acumulando un total de 108,43 semanas (archivo 14 de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); **iii)** que 12 de julio de 1994, solicitó el traslado al RAIS mediante la suscripción de un formulario de vinculación con Colpatria S.A. – hoy Porvenir S.A., el cual se hizo efectivo a partir del **01 de agosto de 1994** (f°99 archivo 16, de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); y **iv)** que 19 de junio de 1997, solicitó un traslado horizontal a la AFP Horizonte – Porvenir S.A. mediante la suscripción de un formulario de vinculación (f°100 archivo 16, de la carpeta 1ª inst. exp. Digital), administradora a la que continúa afiliado.

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 que el actor se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad –**01 de agosto de 1994**-, 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).

En este sentido, aun cuando en el expediente obra el formulario de solicitud de afiliación de la AFP Porvenir, 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.

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-, 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.

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, CSJ SL1688-2019, 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; tampoco puede pensarse que, por haberse generado rendimientos en la cuenta de ahorro individual del actor no hay lugar a ordenar la indexación, puesto que estos no compensan la devaluación, por lo que se despachará desfavorablemente el recurso que al respecto formuló Porvenir.

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 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 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

Se condenará en costas y agencias en derecho de segunda instancia a Colpensiones y a Porvenir S.A. por no haber prosperado los recursos formulados por estas en contra de la sentencia de primera instancia.

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 Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá el 23 de febrero de 2023

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** y de la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS 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 de Porvenir S.A., la suma de \$1.160.000.



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

República de Colombia



Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL
MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	11001310500820170075201
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL – CULPA PATRONAL
DEMANDANTES	JOSÉ FABIÁN TOVAR ROJAS y LICETH DANIELA CASTRO ALFONSO en nombre propio y en representación de la menor M.T.C. JOSÉ MARIBEL TOVAR NIETO MARÍA LEONOR ROJAS HÉCTOR ARNULFO TOVAR ROJAS
DEMANDADO	AGRUPECURARÍA SANTA MARÍA S.A.
LLAMADA EN GARANTÍA	PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS

En Bogotá D. C. a los treinta y uno (31) días del mes de agosto 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 Fabián Tovar Rojas** se **declare** que existió una relación laboral con la empresa demandada, la cual inició el 18 de noviembre de 2015; que la empresa accionada incumplió con la obligación de protección y seguridad consagrado en los artículos 56 y 57 del CST y 56 y 58 del Decreto 1295 de 1994; que el accidente de trabajo que sufrió el 3 de diciembre de 2015, ocurrió por culpa suficientemente comprobada del empleador; que la empresa lo expuso a desempeñar una actividad peligrosa para la cual no estaba capacitado y sin suministrarle los elementos mínimos de protección; que a raíz del accidente ha sufrido perjuicios patrimoniales y extrapatromoniales; que con ocasión del accidente han tenido que incurrir en una serie de gastos de transportes y estadía en Bogotá; también se ha causado un lucro cesante consolidado, correspondiente a los ingresos dejados de percibir, lucro cesante futuro correspondiente a los ingresos que dejará de percibir producto de su pérdida de

capacidad laboral; que con ocasión del accidente se ha generado una afectación grave a su salud, un deterioro en su integridad física y lesiones estéticas evidentes en su rostro y cuerpo, consistentes en quemaduras de tercer grado.

Como consecuencia de lo anterior, solicitó se **condene** a la empresa demandada a reconocerle y pagarle por concepto de daño emergente la suma de \$2.000.000 o cifra mayor a la que resulte demostrada, lucro cesante consolidado en la suma de \$18.074.066, calculado desde el 3 de diciembre de 2015, hasta la fecha de presentación de la demanda; lucro cesante futuro en la suma de \$436.064.519 desde la fecha de presentación de la demanda con base en el salario del trabajador y la expectativa de vida del mismo, daño moral, daño a la salud o daño a la vida en relación y por perjuicio estético; que se **condene** a la suma de 100 SMLMV o la suma que determine el despacho correspondiente a la afectación o vulneración relevante de bienes o derechos convencionales y constitucionalmente amparados por la vulneración de sus derechos fundamentales a la dignidad, a la integridad física, a la salud y a la imagen, sumas que deben ser indexadas con base en el IPC reportado por el DANE, calculado desde el 3 de diciembre de 2015, hasta la fecha de la sentencia; a los intereses comerciales de mora a la tasa más alta permitida por la ley, al pago de costas y agencias en derecho, a lo que resulte probado ultra y extra petita (f° 3 a 6, exp. físico).

Como hechos fundamento de las pretensiones (f° 7 a 24, exp. físico), señaló en síntesis, que el objeto social de la empresa demandada es la siembra, producción, comercialización y distribución del fruto de la palma de aceite, del cultivo de cítricos y en general de cualquier producto de origen agrícola; que para el cubrimiento de las eventuales contingencias de accidente de trabajo y enfermedad profesional la empresa demandada lo afilió a la ARL Bolívar S.A.; que ingresó a laborar para la empresa Agropecuaria Santa María el 18 de noviembre de 2015; que se desempeñaba en el cargo de oficios varios; que el salario que devengaba correspondía al SMLMV.

Narró que, el 3 de diciembre de 2015, se presentó a trabajar en el centro de trabajo «*planta extractora*», donde se realiza el procedimiento de esterilización del fruto de palma aceitera; que el día anterior se encontraba en área donde se ubican los autoclaves «*recipientes cilíndricos horizontales con una o dos puertas de cierre hermético donde se surte el proceso de esterilización del fruto de palma aceitera*»; que su labor consistía en «*abrir la puerta de autoclave hacía la derecha y enganchar dicha puerta para evitar que se devolviera, bajar el puente que permite que las vagonetas cargadas del fruto lleguen al autoclave, retirarse de lugar y dar la señal de voz o física a su compañero Arley*

Caicedo Hurtado, para que enviará o empujará las vagonetas a través de los carriles, cruzaran el puente e ingresaran a la autoclave».

Añadió que, el autoclave es una estructura metálica de paredes gruesas que funciona a alta presión y altas temperaturas en donde se «cocina» la pepa o fruto de palma de aceite, las vagonetas son vagones metálicos descubiertos en los que se transporta la pepa de la palma de aceite; dichas vagonetas se mueven a través de unos rieles y tienen una forma curva en sus lados que le permiten ingresar de manera precisa en el autoclave para «cocinar» la pepa de palma de aceite; que en desarrollo de las funciones a su cargo procedió a abrir la puerta de la autoclave hacía la derecha y enganchar dicha puerta en un soporte para evitar que se devolviera.

Sostuvo que, siguiendo el procedimiento establecido por la empresa, se dispuso a caminar al puente para proceder a bajar el mismo con el fin de permitir el paso de las vagonetas; que el referido puente *«no contaba para la fecha de los hechos con ningún seguro o dispositivo que impidiera que el mismo bajara súbitamente»*; que el día de los hechos iba a proceder a bajar el puente, apenas pasaba detrás del mismo, entre el espacio existente entre el puente y la autoclave que se encontraba abierto y encendido a una alta temperatura, momento para el cual aún no había dado la orden de voz o física a su compañero, pues no existía otro mecanismo de señalización u otras medidas de coordinación y seguridad definidas por la empresa, el señor Arley Caicedo (trabajador que se encontraba en las vagonetas), *«envió las vagonetas con fruto de la palma de aceite a la autoclave, sin advertir que el puente aún no había sido bajado»* por el actor; que *«la vagoneta por su impulso y peso empuja el puente que estaba elevado en ese momento [...], el Sr. TOVAR ROJAS se encontraba físicamente detrás del mismo para disponerse a bajarlo»*, hizo que este se cayera por la parte izquierda de su cuerpo *«sobre el autoclave que se encontraba a altas temperaturas»*.

Agregó que, debido a la caída que sufrió tuvo una fractura en el lado derecho, quemaduras de tercer grado en la parte izquierda de su rostro, cuello y brazo, procediéndose de inmediato a reportarse el accidente, siendo reconocido por el empleador como por la ARL; que el accidente fue tan grave que le ocasionó una pérdida de capacidad laboral *«no inferior al 50%»* (sic), que le generó graves lesiones físicas y una evidente afectación estética, psíquica y psicológica; que el empleador reportó el accidente de trabajo a la ARL Seguros Bolívar mediante documento denominado *«informe de accidente de trabajo del empleador o contratante»* No. 385986.

Adujo que, dentro de la investigación del accidente de trabajo efectuado por el empleador, se recaudó el testimonio del trabajador Arley Caicedo, quien se encontraba laborando con él para el momento de los hechos, y quien dijo: *«yo estaba esperando que mi compañero me avisará, me dirigí hacía el malacate “yoyo” que mueve el lazo para transportar los vagones, mire a mi compañero Fabián que se hizo al lado izquierdo “lado de afuera” no volví a ver a mi compañero, al no comunicarse entonces me confié que ya había salido y di inicio a entrar las vagonetas a la autoclave y con un movimiento cae el puente para que pasen los vagones con el fruto inmediatamente escuche el gripo de mi compañero y yo me afane a retirar, a subir el puente, cuando lo miro en el suelo grito avisando para que vengan ayudarme».*

Indicó que, mediante documento denominado *«formato de acciones correctivas, preventivas y de mejora»*, elaborado el 9 de diciembre de 2015, por la empresa Agropecuaria Santamaría S.A. se señaló como descripción del accidente *«no se contaba con señalización para coordinar la entrada de las vagonetas con fruta a la autoclave, lo cual generó un alto riesgo para la seguridad de los trabajadores»*; que en el mismo documento en el acápite de análisis de causas se señaló: *«no se había identificado ese riesgo potencial»*.

Informó que, mediante documento de fecha 10 de diciembre de 2015, esto es, con posterioridad al evento sufrido, se dejó constancia de la instalación de 2 semáforos en la zona de autoclaves y 1 semáforo en la zona de báscula; que en comunicación del 7 de enero de 2016, la ARL Seguros Bolívar brindó algunas observaciones sobre la investigación del accidente, considerando el evento como un accidente grave y, por ello, sugirió incluir dentro del equipo investigador al personal de la empresa encargado del diseño de normas, procesos y/o mantenimiento.

Expresó que, mediante documento de fecha 14 de enero de 2016, con asunto *«MEJORA DEL ÁREA DE AUTOCLAVE»*, se señaló que de acuerdo con las recomendaciones que se realizaron en el área de autoclave por el evento ocurrido el 3 de diciembre de 2015, la investigación concluyó que *«se debía colocar señalización visual y señalización sonora con alarma»*, capacitándose al personal con el nuevo ajuste de procedimiento; que mediante comunicación del 19 de mayo de 2016, la ARL Seguros Bolívar S.A. señaló como condiciones inseguras:

- *Insuficiente espacio de trabajo: poco espacio en el sitio de trabajo para la maniobra y operación de la autoclave.*
- *Sin protección (riesgos mecánicos o físicos, exceptuando riesgos eléctricos y radiaciones): puente sin sistema de aseguramiento y/o anclaje.*
- *Uso de material o equipo de por sí peligroso: autoclave a altas temperaturas la cual aportó a las múltiples qu*
- *emaduras del colaborador.*

Dijo que, en la comunicación del 19 de mayo de 2016, la ARL Seguros Bolívar S.A. concluyó como causas básicas – factores de trabajo: supervisión y liderazgo deficiente «*ausencia de supervisor*».

Resaltó que, el mentado documento expedido por la ARL Seguros Bolívar S.A. indicó medidas de prevención para intervenir las causas del accidente, en donde recomendó efectuar un rediseño a nivel de ingeniería en relación con la apertura de tapas automáticas o semiautomáticas, así como el puente de acceso a la autoclave con un dispositivo de aseguramiento frente al vagón que impidiera la caída de personal, entre otras recomendaciones.

En cuanto a su estado de salud, señaló que fue atendido inicialmente en el hospital Fuente de Oro del Departamento del Meta, después fue remitido a la IPS Eusalud ubicada en la ciudad de Bogotá, donde permaneció durante 12 días hospitalizado; luego se remitió a la clínica VIP donde le realizaron manejo por cirugía plástica, dándole salida el 9 de enero de 2016; que a raíz de sus secuelas ha tenido varias intervenciones quirúrgicas afectándole su nivel emocional, siendo diagnosticado con trastorno de adaptación, trastorno depresivo, ansiedad y trastorno de estrés postraumático; que igualmente se le extendieron incapacidades de manera ininterrumpida entre el 3 de diciembre de 2015 hasta el 28 de junio de 2017; que posteriormente se le expidieron otras incapacidades que continúan dándose a la fecha de presentación de la demanda.

Aseveró que, aun cuando fue reincorporado a su labor con múltiples recomendaciones, lo cierto es que el accidente de trabajo le causó serias lesiones físicas y psicológicas que le van a impedir ingresos económicos de por vida; que por las intervenciones quirúrgicas, sus padres y esposa tuvieron que incurrir en gastos de transporte, viáticos y estadía en la ciudad de Bogotá.

De otro lado, mencionó que al momento de su ingreso la empresa demandada simplemente le realizaron una inducción, en el que sólo se le informó sobre el reglamento de trabajo e higiene, sobre un horario de trabajo, las funciones de su cargo, la misión, visión e imagen corporativa de la empresa, sin que en ningún momento se le realizará una capacitación para el trabajo de autoclave y mucho menos de le informó sobre los riesgos y peligro de dicha labor, y forma de prevenirlo.

Expresó que, la accionada no contaba con procedimientos documentados para la actividad que involucraba la manipulación de autoclave; que el día 18 de noviembre de 2015, se le suministró por parte de empleador un par de guantes en carnaza, un casco de seguridad, un par de tapón auditivo y un par de mono gafas para el trabajo en el área de autoclaves, asimismo un peto de carnaza y un par de mangas en carnaza para el trabajo en la caldera, no se le suministró ropa de trabajo que le impidiera el riesgo de quemaduras a la que estaba expuesto.

Tampoco le suministró elementos de protección personal apropiados que impidieran la afectación de su cara y cuello, frente a los riesgos a los que estaba expuesto; que la empresa no contaba con un programa de salud ocupacional adecuado y actualizado para la fecha de los hechos, no tenía dispuesto una señalización para el área de autoclave y no contaba con un supervisor o líder, entre otras condiciones inseguras que fueron reconocidas por la ARL Seguros Bolívar S.A.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La empresa AGROPECUARIA SANTAMARÍA S.A. contestó (f° 270 a 293, exp. físico), oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó los relacionados con el contrato de trabajo, cargo, salario, fecha de inicio de la actividad laboral, fecha de accidente de trabajo; reporte, informes e investigación que se hicieron con la ARL y los hechos relacionados con el accidente laboral, recalcando que correspondió a un acto de descuido y negligencia por parte del trabajador; dijo no ser ciertos los numerales 4.2, 4.18, 5.13 a 5.16, 6.1, 6.2 a 6.4, 6.7 a 6.9, 6.11 a 6.14, 6.16, 6.17, 6.19 y 6.20; respecto a los demás manifestó no constarle.

Propuso como excepciones de fondo, las de ausencia de culpa del empleador, culpa exclusiva del trabajador, inexistencia de las obligaciones demandadas y cobro de lo no debido, falta de título y causa en el demandante, enriquecimiento sin causa de los demandantes, pago, compensación, prescripción, buena fe y genérica.

De otro lado, solicitó fuera llamado en garantía a la PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS, por cuanto suscribió una póliza No. 1006848 con el objeto de cubrir el amparo derivado de la responsabilidad patronal, entre otros amparos.

La **PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS** contestó (f° 458 a 466, exp. Físico), señalando que es parcialmente cierto, en la medida que si bien la póliza

expedida ampara la responsabilidad civil de la empresa demandada, debía tenerse en cuenta que el amparo no era de carácter absoluto, siendo necesario analizar las condiciones propias del contrato de seguro.

Sobre las pretensiones de la demanda, se opuso a todas y cada una de ellas, en lo concerniente a los fundamentos fácticos del escrito inaugural dijo no constarle.

Propuso como excepciones de fondo, las de ausencia de elementos que configuran la responsabilidad por culpa patronal de Agropecuaria Santamaría S.A., enriquecimiento sin justa causa de la parte actora, incumplimiento de la carga de la prueba con relación a la existencia del perjuicio y su cuantía del lucro cesante consolidado y futuro, inexistencia del perjuicio extrapatrimonial bajo la modalidad de alteración de las condiciones de existencia y genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 25 de junio de 2021 (f° 628 – CD f° 631, exp. físico), resolvió:

PRIMERO: ABSOLVER a la demandada AGROPECUARIA SANTAMARÍA S.A. de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por el demandante JOSÉ FABIÁN TOVAR ROJAS, conforme a las motivaciones precedentes.

SEGUNDO: DECLARAR PROBADA las excepciones de inexistencia de la obligación y de cobro de lo no debido propuesta por la pasiva y dadas las resultas del proceso, el despacho de releva del estudio y pronunciamiento de los demás medios exceptivos invocados.

TERCERO: ABSOLVER a la llamada en garantía PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, conforme a las motivaciones precedentes.

CUARTO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante, liquídense por secretaria fijando como agencias en derecho la suma de \$908.526.

Para fundamentar su decisión, hizo referencia al interrogatorio de parte rendido por el representante legal de la empresa demandada y los testimonios rendidos por los señores Zoraida González, Deciderio Meneses Vega, Ricardo Amaya Neira y Ángel Felipe Triviño; respecto de los señores González y Triviño, se tenía que conocían al demandante por temas de vecindad y familiaridad, por lo que no conocían de manera directa las condiciones de tiempo, modo y lugar relacionados con el accidente de trabajo que había padecido el señor José Tovar.

En cuanto a los señores Meneses Vega y Amaya Neira, empleados de la demandada y compañeros de trabajo del actor; que si bien resultaban importantes en tanto ilustraban sobre las situaciones alrededor del proceso denominado llenado de autoclave y cómo debía ser ejecutado por el demandante, lo cierto era que sobre las condiciones de tiempo, modo y lugar del accidente, no podían ser valoradas sus manifestaciones al haber afirmado que no les contaba de manera directa, por no encontrarse en el área donde ocurrió. En lo relacionado al testimonio del señor Arley Caicedo, adujo la *a quo*, que resultaba ser un testigo clave en el presente proceso, por cuanto había sido la persona que había estado al momento del accidente con el señor Fabián Tovar

Sostuvo que, al analizar el material probatorio, se concluía que brillaba por su ausencia los medios de convicción tendientes a demostrar la culpa del empleador o su responsabilidad frente al accidente sufrido por el actor, ya fuera por falta en la formulación e implementación de sistemas de seguridad de gestión en seguridad y salud en el trabajo o por su impericia frente a la disminución del riesgo, pues para la procedencia de las pretensiones incoadas por el gestor del proceso, se requería encontrar plenamente probada la culpa del empleador respecto de las enfermedades padecidas, aspecto que se echaba de menos.

Contrario a ello, acotó que revisado en su totalidad el material probatorio aportado, evidenciaba que la empresa demandada había realizado una inducción al actor el día 11/11/2015, en la cual se habían tratado temas del reglamento interno de trabajo, el reglamento de higiene y seguridad industrial, matriz de riesgos, entrega de elementos de protección personal, programa de salud ocupacional y bienestar, horario de trabajo, funciones del cargo, misión y visión tal como se evidenciaba de la documental obrante a folio 304 del expediente, lo cual también se corroboraba con el documento llamado planta de beneficio primario - llenado de vagonetas, en los que se observaba las clases de riesgo a los que estaba expuesto el demandante.

Aunado a ello, se había aportado por el promotor del proceso actas de entrega de elementos de protección personal de fecha 15/11/2015, contradiciéndose con lo dicho en la demanda de que no le había suministrados dichos elementos, lo que le permitía concluir que el señor Fabián conocía las instrucciones y precauciones que debía tener para laborar y ejecutar dentro de la planta, destacando que según lo señalado por el testigo Arley Caicedo, el señor Fabián solo utilizaba camisas de seda, guantes y botas, lo que le permitía establecer que a pesar de haber sido entregados los elementos de protección personal no los había utilizado de forma correcta, aunado

a que no era la primera vez que el actor realizaba dicha maniobra, pues ya lo había hecho en los años 2011 y 2012, lo que le permitía deducir que contaba con el conocimiento y la pericia necesaria para la difusión de la labor.

Además, se observaba en el informe de accidente de trabajo realizado por la ARL seguros Bolívar, que allí se había concluido que el accidente ocurrió con ocasión a una falta de coordinación entre el demandante y el trabajador que había enviado las vagonetas hacia la autoclave; que si bien la demandada no contaba con un sistema de sonido o alarma para avisar al operario que enviaba la vagoneta por parte del encargado de abrir la puerta del autoclave, lo cierto, era que hasta dicho accidente no se había observado la existencia de este tipo de riesgos y en esa medida dicho riesgo no era previsible, y mucho menos prevenible.

RECURSO DE APELACIÓN

La **PARTE DEMANDANTE** impetró recurso de apelación, manifestando que en el presente caso se encontraba suficientemente acreditada la culpa patronal como elemento de la responsabilidad patronal de la demandada Agropecuaria Santamaría, lo cual se podía corroborar con lo dicho por el representante legal, quien conocía los riesgos a los que se encontraban expuestos los trabajadores, incluso reconociendo que el puente por el cual transitaban las vagonetas no contaba con un mecanismo de seguridad que le permitiera su fijación y evitara la caída de los trabajadores, en igual sentido se reconoció que no se suministró medio técnico alguno para la comunicación idónea de los trabajadores, situación que había determinado la producción del daño.

Dijo que, ese aspecto se encontraba suficientemente acreditado en el proceso y había sido evidenciado por parte del área de salud y seguridad en el trabajo de la empresa, quienes reconocieron en su momento la omisión en que incurrió el empleador al no identificar un riesgo potencial que representaba para la seguridad e integridad de los trabajadores, al no adelantar medidas adecuadas para evitar el mismo.

Señaló que, debió tenerse en cuenta que la ARL seguros Bolívar en documento de recomendaciones de prevención del accidente de trabajo del 19/05/2016, señaló como condiciones inseguras en la cual se desarrolló el trabajo la siguiente: *«insuficiente espacio de trabajo, ausencia de elementos de protección por riesgos mecánicos o físicos, específicamente el puente no contaba con un sistema de aseguramiento o anclaje y uso de material o equipo de por sí peligroso»*. En el mismo documento se indicó

como factores de trabajo, la falta de supervisión o liderazgo deficiente al no contar con un supervisor en el área.

En consecuencia, la administradora de riesgos laborales propuso como medidas para intervenir la causa del accidente, las siguientes: *«primero: reducción del riesgo inminente, se sugiere efectuar un rediseño a nivel de ingeniería en relación con la apertura a las tapas automáticas o semiautomáticas ya que se hace de manera manual mediante el uso de una varilla; segundo: instalar de manera inmediata un dispositivo de aseguramiento a las puertas de la autoclave; tercero: efectuar un rediseño a nivel de ingeniería en el puente de acceso a la autoclave con un dispositivo aseguramiento que impida la caída de personal; cuarto, estudiar la posibilidad de rediseñar la zona de trabajo entre la autoclave y los contrapesos del puente para evitar tropezones y caídas»*.

Conforme a ello, se evidenció la existencia de múltiples situaciones de riesgo inminente para los trabajadores, lo cual se concretó en la humanidad del señor José Fabián Tovar, todo lo cual contrario a lo señalado en la sentencia de primera instancia permitía acreditar plenamente la culpa de la demandada, sin que ello pudiera ser excusable como una supuesta culpa del trabajador o una supuesta falta de comunicación, pues se trataba claramente de riesgos creados y bajo el control del empleador, que se escapaban totalmente del control por parte del trabajador.

Acotó que, debía tenerse en cuenta lo manifestado por los testigos Desiderio Meneses supervisor de planta en la que sufrió el accidente el señor Fabián Tovar y Ricardo Amaya ingeniero encargado de la planta, quienes habían dado luces sobre la culpa en que efectivamente incurrió la sociedad empleadora; que el testigo Desiderio Meneses manifestó que el señor José Fabián Tovar no portaba elementos porque estaba en periodo de prueba; que los elementos se otorgaban después del periodo de prueba, lo cual se había corroborado con lo dicho por el señor Arley Caicedo, quedando plenamente demostrado que la empresa no aportó elementos de protección personal al trabajador.

Adicionalmente, al ser consultado sobre la comunicación entre la persona que abre las puertas de la autoclave y el operario que lanzaba los vagones, el señor Meneses había informado que existía dificultad en escucharse, pues la palanca tenía un alto nivel de ruido, además de que se usaban protectores auditivos para evitar daños, por lo que la única señalización era el movimiento de la mano. Aunado a lo anterior, cobraba especial relevancia lo manifestado por el testigo Arley Caicedo, quien dijo que no era posible observar al señor José Fabián Tovar al momento de lanzar la vagoneta, pues precisamente por la naturaleza y las operaciones que debían realizar,

especialmente por el cuidado que él debía tener con el malacate que jalaba la vagoneta, él tenía que agacharse al momento de enviar la vagoneta y perdía visión del operario de las puertas de la autoclave, situación que claramente impedía a los trabajadores comunicarse de forma eficiente.

También debió considerarse por parte de la juez, que en la empresa existía ausencia total de demarcación en la zona de trabajo, no se delimitó la zona de tránsito de las vagonetas, no había demarcaciones amarillas, ni ningún tipo de señalización que permitiera a los trabajadores saber que se encontraban en la zona de tránsito de las vagonetas, situación que sin duda tuvo incidencia en el accidente sufrido por el señor Tovar Rojas, pues ni él, ni su compañero operario de las vagonetas podían tener la certeza de que estaban en una zona el tránsito de vagonetas.

Expuso que, la parte demandada no había aportado dictamen pericial ni solicitó la comparecencia del perito, sino que se había limitado a señalar un párrafo denominado desconocimiento de la prueba aportada en su escrito de contestación de la demanda, en el cual desconocía el dictamen aportado, no siendo la manera adecuada de controvertirlo de conformidad con el artículo 226 del CGP, informe en el que se sustenta técnicamente las condiciones inseguras y abiertamente peligrosas en la que se vio obligado el trabajador.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, acorde con lo dispuesto en el artículo 66 A del CPTSS

Problemas jurídicos

De conformidad con el recurso de alzada corresponde está Sala decisión establecer: **i)** si el accidente de trabajo que sufrió el señor José Fabián Tovar Rojas el 3 de diciembre de 2015, fue por culpa imputable a su empleador; **ii)** en caso de ser afirmativa la respuesta, se analizará si los demandantes tienen derecho a la indemnización de perjuicios solicitada en el escrito introductor; **iii)** y si la llamada en garantía tiene que responder por la póliza suscrita con AGROPECUARIA SANTAMARÍA S.A.

No es objeto de discusión en el presente asunto: **i)** que el señor José Fabián Tovar Rojas se vinculó con la empresa demandada a través de un contrato a término fijo a partir del 18 de noviembre de 2015, para desempeñarse en el cargo de oficios

varios, devengando como salario el mínimo legal mensual vigente (f° 38 a 39); **ii)** que el 3 de diciembre de 2015, el actor sufrió un accidente laboral dentro de las instalaciones de la empresa AGROPECUARIA SANTAMARÍA S.A. (f° 43); **iii)** que a través de dictamen de calificación de pérdida de capacidad laboral, expedido por la Junta de Calificación de Invalidez del Meta, se estableció una pérdida de capacidad laboral del 32,36%, fecha de estructuración 17 de enero de 2019, origen accidente de trabajo (f° 606 a 608).

DE LA CULPA PATRONAL

Señala el artículo 216 del CST que *«cuando exista culpa suficiente comprobada del {empleador} en la ocurrencia del accidente de trabajo o de la enfermedad profesional, está obligado a la indemnización total y ordinaria por perjuicios»*. En ese sentido se ha determinado que la culpa a que se refiere la norma es la culpa **leve** porque allí no se calificó la expresión culpa.

Así, lo ha precisado de tiempo atrás la Corte Suprema de Justicia, puntualmente en la sentencia CSJ SL, 26 feb. 2004, rad. 22175 reiterada en CSJ SL, 15 mar. 2005, rad. 23489, en la que explicó:

Desde antaño esta Sala de Casación Laboral ha sostenido el criterio de que la responsabilidad que origina la obligación de la indemnización plena y ordinaria de perjuicios, para efectos de determinar el grado de la culpa es de naturaleza contractual, pues se trata de la culpa de un contratante que en virtud de la ejecución de un contrato laboral le causa un perjuicio al otro contratante; y esta conclusión lleva a que deba acudirse a las disposiciones que en materia civil regulan la culpa contractual, para colegir que por ser el contrato laboral oneroso, en caso de culpa patronal se responde hasta por la culpa leve.

Conforme lo anterior, la culpa leve de acuerdo con el artículo 63 del CC, es: *«la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano»*. En ese sentido la Corte Suprema de Justicia tiene adoctrinado que la falta de diligencia o cuidado ordinario o mediano por parte del empleador es fuente de culpa en la ocurrencia del infortunio laboral (CSJ SL261-2019).

Por otro lado, por regla general, al trabajador le corresponde demostrar las circunstancias de hecho que dan cuenta de la culpa del empleador en la ocurrencia de un accidente de trabajo, pero, por excepción, con arreglo a lo previsto en los artículos 177 del Código de Procedimiento Civil y 1604 del Código Civil, cuando se denuncia el incumplimiento de las obligaciones de cuidado y protección, se invierte la carga de la

prueba y es el empleador el que asume la obligación de demostrar que actuó con diligencia y precaución, a la hora de resguardar la salud y la integridad de sus trabajadores, tal como se dijo en sentencia CSJ SL7185-2015, en la que señaló:

Aunque la Sala tiene definido que, según la preceptiva del artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo, al demandante le incumbe demostrar la culpa del empleador, no es menos cierto que también ha considerado que cuando se imputa al patrono una actitud omisiva como causante del accidente o la enfermedad profesional, a éste le corresponde demostrar que no incurrió en la negligencia que se le endilga, aportando las pruebas de que sí adoptó las medidas pertinentes en dirección a proteger la salud y la integridad física de sus trabajadores. Así por ejemplo, en sentencia 26126 de 3 de mayo de 2006, expuso la Corte:

De suerte que, la prueba del mero incumplimiento en la «diligencia o cuidado ordinario o mediano» que debe desplegar el empleador en la administración de sus negocios, para estos casos, en la observancia de los deberes de protección y seguridad que debe a sus trabajadores, es prueba suficiente de su culpa en el infortunio laboral y, por ende, de la responsabilidad de que aquí se habla, en consecuencia, de la obligación de indemnizar total y ordinariamente los perjuicios irrogados al trabajador.

La abstención en el cumplimiento de la «diligencia y cuidado» debidos en la administración de los negocios propios, en este caso, las relaciones subordinadas de trabajo, constituye la conducta culposa que exige el artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo para infligir al empleador responsable la indemnización ordinaria y total de perjuicios.

No puede olvidarse, además que «la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo», tal como lo pregona el artículo 1604 del Código Civil, por tanto, amén de los demás supuestos, probada en concreto la omisión del empleador en el cumplimiento de sus deberes de protección y seguridad, en otras palabras, de diligencia y cuidado, se prueba la obligación de indemnizar al trabajador los perjuicios causados y, por consiguiente, si el empleador pretende cesar en su responsabilidad debe asumir la carga de probar la causa de la extinción de aquella, tal y como de manera genérica lo dice el artículo 1757 del Código Civil.

En términos similares a los expuestos, lo ha entendido la jurisprudencia de la Sala de tiempo atrás, y más recientemente, en sentencia de 16 de marzo de 2005 (Radicación 23.489), lo destacó de la siguiente manera:

«La sociedad recurrente asume que la parte demandante tenía la carga de la prueba de la culpa no que ella tuviera que probar que agotó todos los medios de prevención y que tuvo el esmerado cuidado que debía observar frente a su subordinado para precaver esta clase de riesgos. Pero en la culpa por abstención no se sigue forzosamente ese método.

No hay dos pasos, sino uno solo, la prueba de la culpa es el incumplimiento de la obligación, en este caso de índole legal, que le impone al empleador ofrecerle a su trabajador medidas de seguridad. Nada más. Probado el incumplimiento, el empleador, como todo deudor, solo se libera de responsabilidad si acredita que obró con mediana diligencia en la adopción de las medidas de seguridad.

Recientemente al explicar cómo opera la carga de la prueba de la culpa de un empleador a quien se le reprocha su negligencia y memorar el criterio de antaño expuesto sobre ese asunto por el Tribunal Supremo del Trabajo, precisó esta Sala de la Corte en la sentencia del 10 de marzo de 2005, radicación 23656:

«Ciertamente, una vez se demuestra que la causa eficiente del infortunio fue la falta de previsión por parte de la persona encargada de prevenir cualquier

accidente, como medida de seguridad adoptada al efecto por la empresa, la carga dinámica de la prueba se traslada a ésta, dada su calidad de obligada que no cumple satisfactoriamente con la prestación debida, de conformidad con el artículo 216 del CST en concordancia con las normas que regulan la responsabilidad contractual». (Subrayado y negrillas fuera del texto original).

Bajo los anteriores presupuestos esta Sala entrará a verificar el material probatorio, teniendo en cuenta que el trabajador accidentado afirma en el recurso de alzada: **i)** que la empresa accionada reconoció a través de su representante legal el riesgo que presentaba el trabajador en la actividad desarrollada; **ii)** no se adelantaron medidas adecuadas para evitar el accidente; **iii)** no se aportaron los elementos de protección personal; y **iv)** no existía medios adecuados para la comunicación de los trabajadores en la actividad desplegada.

A folio 43 del expediente obra informe del accidente de trabajo, expedido por la ARL Seguros Bolívar, en el cual se describe el accidente, así: «EL TRABAJADOR SE ENCONTRABA REALIZANDO SUS LABORES EN LA PLANTA DE BENEFICIO PRIMARIO, ABRIENDO LAS AUTOCLAVES PARA INTRODUCIR LOS VAGONES CON FRUTO, EN EL MOMENTO EN QUE ÉL ESTÁ ABRIENDO LA COMPUERTA SE LE CAE EL PUENTE QUE VA DEL PATIO DE VAGONES A LA AUTOCLAVE, QUEMANDO EL ROSTRO PARTE IZQUIERDA Y EL BRAZO IZQUIERDO, CUANDO CAE EL PUENTE LO GOLPEA OCACIONANDO FRACTURA Y DOS HERIDAS EN EL BRAZO DERECHO».

En el informe de accidente de trabajo expedido por la empresa demanda (f° 44), se relata cómo descripción del accidente: «el trabajador Favian (sic) Tovar estaba en el área de esterilización en el proceso de llenado de autoclave, cuando el puente que conecta los vagones con la autoclave le cayó encima». Se hace relación también en dicho informe las declaraciones rendidas por el actor y demás trabajadores que estuvieron presentes el día del accidente (F. 45), quienes señalaron:

José Fabián Tovar Rojas (accidentado): «El trabajador se encuentra realizando sus labores en la planta extractora de llenado de vagones e ingreso de fruto a la autoclave, abrió la compuerta, la aseguró con el gancho que tienen para que la compuerta no se devuelva, y procedió a salir por la mitad de la autoclave, refiere que él iba a llegar a la mitad de las dos autoclaves y darle aviso al compañero para que diera inicio al paso de vagonetas a la autoclave, el compañero sin verificar la señal que ellos se dan, inicio a mover los vagones y a su vez se bajó el puente, cuando el compañero para los vagones afanosamente porque sintió los gritos míos».

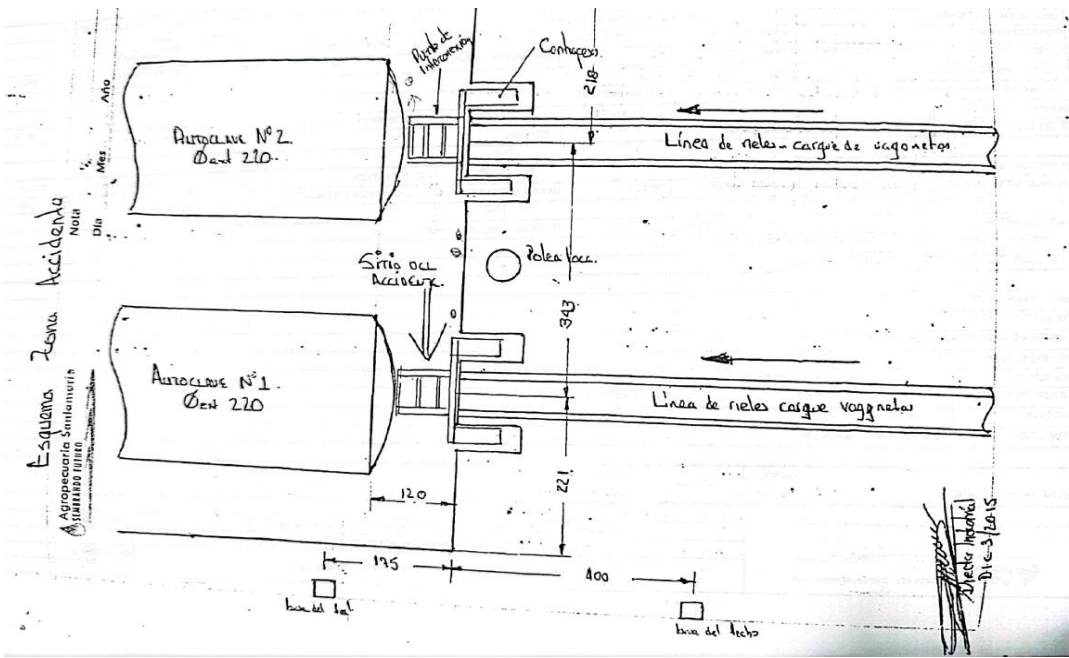
Arley Caicedo Hurtado (primer testigo): «[...] Yo estaba esperando que mi compañero me avisará, me dirigí hacía el malacate «yoyo» que mueve el lazo para transportar

los vagones, mire a mi compañero Fabián se hizo al lado izquierdo «lado de afuera» no volví a ver a mi compañero, al no comunicarse entonces me confié que ya había salido y di inicio a entrar las vagonetas a la autoclave y con un movimiento cae el puente para que pasen los vagones con el fruto, inmediatamente escuche el grito de mi compañero, y yo me afané a retirar, a subir el puente, cuando lo miro en el suelo, grito avisando para que vengan ayudarme».

Jhon Jairo Santana (segundo testigo): «Nosotros estábamos sacando la concha de fruto cocinado, yo abrí la puerta para sacar las vagonetas, cuando yo estaba haciendo esa tarea sentí un grito, me dirigí al respaldo de la otra puerta, cuando vi a mi compañero Fabián Tovar en el suelo y encima del puente más o menos casi en la mitad del vagón, subimos el puente y dimos aviso».

Deciderio Meneses Vega: (jefe inmediato): «Venía del área prensas cerca de la mesa de traslación número 2, cuando el trabajador que está encargado de la esterilización me llama asustado, yo me acerco y me dice que su compañero que está en llenado de vagonetas se accidentó, me dirijo hacía el autoclave, lo veo que estaba caído en la entrada de la autoclave número 1, me dirigí a coger la camilla y les dije que por favor no lo tocaran, llame a la doctora Nancy HSEQ, ella llegó inicia la maniobra de primeros auxilios, lo inmovilizó lo pasamos a la camilla con orientación de la doctora Nancy HSEQ y nos dirigimos con él hasta el lugar donde estaba el carro estacionado para sacarlo para el Hospital Fuente de Oro».

Se adjunta como esquema de la zona del accidente (f° 49), el siguiente:



En el manual de procesos y procedimientos allegado por la parte accionada (f° 323), se define como **autoclave**: «cilindros metálicos utilizados para la esterilización del fruto, con capacidad de 11.2 toneladas de fruto para esterilizar por autoclave y por cada ciclo

de esterilización»; **esterilización:** «es la segunda tapa y la más importante durante el proceso de extracción del aceite de palma, al cual consiste en someter el fruto a la acción de vapor para cumplir con los siguiente objetivos: inactivar la lipasa, facilitar el desprendimiento de los frutos de raquis, ablandando la unión entre ellos, ablandar los tejidos de la pulpa, calentar y deshidratar parcialmente las almendras contenidas en las nueces para facilitar su posterior recuperación, coagular las proteínas e hidrolizar y descomponer el material mucilaginoso (gomas)»; **ciclo de esterilización:** «proceso por el cual se produce la cocción de los frutos de palma de aceite mediante el uso de vapor saturado, utilizando las variables de presión y tiempo».

La parte llamada a juicio aporta documento en el cual se especifica la apertura del proceso de autoclave (f° 326), así:

	E. APERTURA DE AUTOCLAVE 31. Verificar que el manómetro de la autoclave marque 0 psi de presión y que las válvulas VP y VA de entrada de vapor estén completamente cerradas. 32. Registrar hora en la que se inicia la apertura de tapas, en el formato Control Diario de Esterilización DI.FR.06 33. Indicar al Auxiliar Llenado de Vagonetas la apertura de la tapa de entrada. 34. Abrir Válvula VV: Válvula de Venteo o de Desairación de la puerta de salida de la autoclave 35. Abrir la tapa de salida de la autoclave. (Ver instructivo Apertura y Cierre de tapas DI.IN.04) 36. Bajar puente basculante de la puerta de salida con el fin de sacar las vagonetas ya esterilizadas 37. Abrir Válvula VV: Válvula de Venteo o de Desairación de la puerta de ingreso de la autoclave 38. Abrir la tapa de ingreso de la autoclave. (Ver instructivo Apertura y Cierre de tapas DI.IN.04) 39. Bajar puente basculante de la puerta de entrada con el fin de introducir las nuevas vagonetas 40. Ingresar con la ayuda del cabrestante la cochada de (4) vagonetas enganchadas a la autoclave. <i>El procedimiento desde el punto 1 al 40 se repite para todas las autoclaves alternando el funcionamiento de las dos autoclaves.</i> 41. Al finalizar el turno: a. Realizar aseo del puesto de trabajo. b. Dejar las puertas de las autoclaves totalmente cerradas y aseguradas
Auxiliar Llenado de Vagonetas	
Operador de Esterilización	

Se encuentra también como pruebas documentales formato de acciones correctivas preventivas y de mejora de la empresa Agropecuaria Santamaría S.A. fechado del 9 de diciembre de 2015 (f° 51), en el cual se indica:

No se contaba con señalización para coordinar la entrada de las vagonetas con fruta de la autoclave, lo cual generó un alto riesgo para la seguridad de los trabajadores
No se había identificado ese riesgo potencial
Se presento (sic) un accidente de trabajo en esta zona por falta de coordinación entre los dos operarios. (Negritas fuera del texto original).

- En los planes de acciones a tomar, se indica:
- 1 Implementar a la entrada del autoclave una señal lumínica tipo semáforo y una alarma sonora con el fin de que los operarios estén atentos al ingreso de la carga,
 - 2 Capacitar al personal sobre actos inseguros
 - 3 Modificar el instructivo DI.IN.04 apertura y cierre de tapas de la autoclave».

A folio 53 milita documento denominado «mejora área de autoclave», de fecha 14 de enero de 2016, firmado por Ricardo Amaya Neira – Director Industrial y Nancy del Carmen Salazar Gómez – Coordinadora SGSST, dirigido a Juan Camilo Romero Gerente General de Agropecuaria Santamaría S.A., en la que se estipula:

*De acuerdo con las recomendaciones que se realizaron en el área de la autoclave por el evento ocurrido el 3 de diciembre de 2015, con el accidente del señor José Fabián Tovar, **la investigación concluyó que se debe colocar señalización visual y señalización sonora con alarma.***

La dirección industrial entrego (sic) al departamento HSEQ, las mejoras que se realizaron en el área de autoclave, de la planta extractora por cada autoclave se le instalo (sic) un dispositivo visual (semáforo) de entrada a las autoclaves, y alarma para que suspenda el paso de las vagonetas a la autoclave.

A los trabajadores los capacitaron con la reinducción al nuevo ajuste al procedimiento de entrada a la autoclave de vagonetas.

El objetivo de la capacitación es darle reinducción y enseñarles el procedimiento de entrada de vagonetas en un dispositivo de seguridad que son por cada autoclave un semáforo en rojo y activar la alarma para avisar que va abrir la puerta de autoclave.

Se abre la puerta a la derecha de la autoclave con una cuerda que está sujeta a un gancho para evitar que cuerda se dé vuelta (sic).

Baja el puente y sale por la derecha de la autoclave que tiene una escalera para salir, cuando sale el trabajador, se para en la zona de seguridad, el mismo trabajador que estaba abriendo la puerta de la autoclave cambia el semáforo a color verde para que el otro compañero que se encuentra en el malacate esperando el aviso para dar inicio al proceso de entrada a los vagones hacia las autoclaves. (Negrilla fuera del texto original).

En el folio 41, se encuentra acta individual de entrega de «EPP» de fecha 18 de noviembre de 2015, en el que se deja constancia que al actor se le entregó: 1 par de guantes de carnaza, 1 casco de seguridad, 1 par de topón auditivo, 1 par de mono gafas, documento que se encuentra firmado por el señor Fabián Tovar.

A folios 65 a 67, milita recomendaciones de prevención del accidente de trabajo José Fabián Tovar expedido por la ARL Seguros Bolívar y dirigido al señor Juan Camilo Romero en calidad de Gerente de General de Agropecuaria Santamaría S.A., de fecha 19 de mayo de 2016, en el cual se estipula:

CATEGORIA	DESCRIPCIÓN
Naturaleza de la lesión	Fractura codo izquierdo, quemadura de 2º cara, cuello y hombro y lesión por golpe brazo derecho
Parte del cuerpo afectada	Cara, Cuello, Hombro, Brazo Izquierdo y derecho.
Agente de la lesión	Puente Vagonetas Al Autoclave
Tipo de accidente	Fractura y Quemaduras 2ºGrado.
Condición Insegura	Sin protección (riesgos mecánicos o físicos, exceptuando Riesgos eléctricos y radiaciones): Puente sin sistema de aseguramiento y/o anclaje.
Acto Inseguro	No asegurar o advertir; No informar al compañero que estaba fuera del área de peligro, para que el compañero accionara o no el malacate.

MEDIDAS PROPUESTAS PARA INTERVENIR LAS CAUSAS DEL ACCIDENTE

F	M	T	MEDIDA DE PREVENCIÓN	RESPONSABLE	FECHA DE CUMPLIMIENTO
X			Para reducción del riesgo inminente se sugiere efectuar un rediseño a nivel de ingeniería, en relación a apertura de tapas automáticas o semiautomáticas. Ya que se hace de manera manual mediante el uso de una varilla.	Representante Legal	26 de junio de 2016
X			Instalar de manera inmediata un dispositivo de aseguramiento a las puertas de la autoclave.	Representante Legal	26 de junio de 2016
X			Efectuar un rediseño a nivel de ingeniería en el puente de acceso a la autoclave, con un dispositivo de aseguramiento frente al vagón que impida la calda del personal.	Representante Legal	26 de junio de 2016

F	M	T	MEDIDA DE PREVENCIÓN	RESPONSABLE	FECHA DE CUMPLIMIENTO
X			Estudiar la posibilidad de rediseñar la zona de trabajo entre la autoclave y los contrapesos del puente, para evitar tropezones y caídas en esta zona.	Representante Legal	26 de junio de 2016
	X		Implementar el procedimiento de trabajo seguro para las labores de Apertura de autoclave para introducir vagones con fruto fresco. Socializarlo a la población y dejar registros como evidencia.	Representante Legal	26 de junio de 2016
	X	X	Realizar re inducción en HSEQ, a todo el personal, especialmente a los operarios de planta, mencionando los riesgos los cuales están expuestos.	Representante Legal	26 de junio de 2016
	X		Fortalecer el programa de mantenimiento preventivo y correctivo a maquinas, herramientas y equipos, abrir hoja de vida para cada equipo, dejando registros de los diferentes mantenimientos que se realizan.	Representante Legal	26 de junio de 2016
		X	Divulgar la lección aprendida del evento a todo el personal, dejar registros con la firma del personal como evidencia.	Representante Legal	26 de junio de 2016

F: Fuente, M: Médico, T: Trabajador

Se encuentra también registro de inducción de fecha 11 de noviembre de 2015, firmado por el demandante (f°304), en el que consta:

30

**AGROPECUARIA
SANTAMARIA
S.A.**

REGISTRO DE INDUCCIÓN

F-RH-04
Vigencia desde:
01-05-2014

CENTRO DE TRABAJO: Planta de Procesamiento

NOMBRE EMPLEADO: José Fabián Toros Rojas

CARGO: Oficial Vaso

FECHA DE INGRESO: Noviembre 11/2015 **JEFE INMEDIATO:** Ricardo Amaya

N°	PROCESO	TEMAS A TRATAR EN CADA PROCESO (En esta columna la empresa puede definir temas para cada cargo)	FECHA	FIRMA JEFE DE PROCESO O EVIDENCIA
1.	GESTIÓN DE TALENTO HUMANO	☒ Reglamento interno de trabajo. ☒ Reglamento de higiene y seguridad industrial ☒ Matrix de riesgo ☒ Entrega de EPP ☒ Programa de salud ocupacional y bienestar. ☒ Horario de trabajo. ☒ Funciones del cargo ☒ Misión ☒ Visión ☒ Imagen corporativa. <u>Verbo</u>	<u>Noviembre 11/2015</u>	

Declaro que he recibido de manera conforme el proceso de inducción de mi cargo según los temas relacionados en el cuadro anterior.

Firma del empleado:
José Fabián Toros
Fecha: 11-11-2015

A los folios 333 a 391, figura el SISTEMA DE GESTIÓN DE LA SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO del año 2015, de la empleadora, el que, entre otros aspectos, se clasifican los diferentes factores de riesgos a los que se encuentran expuestos los trabajadores, entre ellos los “RIESGOS MECÁNICOS” por Máquinas en movimiento, equipos, herramientas y maquinaria agrícola.

A través de audiencia llevada a cabo ante el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Villavicencio, en cumplimiento del despacho comisorio decretado por el Juzgado 8 Laboral del Circuito de Bogotá, se recepcionó el interrogatorio de parte del representante legal de la compañía demandada.

El señor **Juan Camilo Romero Anzola (representante legal)**, indicó que la empresa era consciente de que en la operación de autoclave el trabajador estaba expuesto al riesgo de sufrir quemaduras, así como de los riesgos de caída o resbalada dentro del procedimiento de esterilización, pero que a cada empleado previamente se le ponía en conocimiento la matriz de riesgo dentro de la planta extractora y se le daba capacitación, asimismo se le entregaba los elementos de protección; aclarando que ningún material es resistente a una temperatura a la que fue sometido el señor Fabián, también precisó que desde el año 2006, momento en que se inauguró la planta no habían tenido un accidente similar al que sufrió el demandante.

Adujo que, el puente que permitía que las vagonetas cargadas de fruto de palma aceitera llegara a la autoclave no contaba con ningún sistema de seguridad que lo anclará, pero advirtió que la caída que tuvo el señor Fabián no había sido repentina,

sino que se dio por el accionamiento del malacate que tumbó el puente; también indicó que no se contaba con una señalización visual o sonora para avisar la apertura de la puerta de la autoclave para el momento del suceso en el cual se accidentó el accionante, y que fue a raíz de ello, que se implementó dentro de la empresa dichos mecanismos, asegurando que durante más de 8 años, no se había registrado ningún suceso similar.

En cuanto a la capacitación que se le brindó al demandante para la actividad que ejerció, señaló: *«para el caso específico del señor Tovar, él ya había laborado con nosotros como 2 años antes en esa misma posición, por lo menos 1 mes que tenga con claridad en mi cabeza, después cuando llegó se le hizo la inducción, después se le hizo el recorrido de la planta por parte del otro supervisor y después se le hizo un reencuentro con la posición frente a lo cual el demandante expresó: «yo no necesito la capacitación, yo ya he operado estas máquinas con anterioridad»; se hace de manera frecuente las capacitaciones cada 6 u 8 meses».*

El señor **Deciderio Meneses** (Supervisor de proceso de la empresa demandada desde el 21 de enero de 2011), mencionó que para el día del accidente se encontraba en la planta extractora; que le había dado un reforzamiento a la inducción de la planta al señor Fabián; que dicha capacitación se hizo el día lunes de la semana en que ocurrió el infortunio laboral, el cual sucedió el día jueves; que en la capacitación le dio una charla sobre las actividades a realizar en el puesto de trabajo; explicando el testigo: *«el refuerzo consiste en que el señor en el área llenado de vagonetas toma las vagonetas, revisa que este en buenas condiciones y de ahí procede a llenarlas en una tolda y hace un recorrido por medio de un malacate y una manila, y los lleva a la zona de esterilización para posteriormente ingresarlo al equipo de estilización».*

También resaltó el deponente, que le explicó al trabajador los riesgos que podían existir de manera verbal; que cada 15 días se realizaba cambio de operario, momento en que se realizaba la capacitación; que en el momento en que se le hizo la capacitación al señor Fabián, él le respondió que tenía experiencia en la labor, por cuanto ya había ejecutado esa misma actividad en otro momento, razón por lo cual no se le realizó entrenamiento práctico, afirmando que habitualmente en este tipo de capacitaciones se realiza una práctica de simulación de la actividad; que previamente el señor Tovar había tenido una inducción por parte de la doctora de seguridad y salud en el trabajo; puso de presente que el procedimiento que debía realizar el actor en su actividad laboral consistía en abrir la tapa hacía lado izquierdo de acuerdo con el flujo de las vagonetas y desde ahí darle la señal al señor que accionaba el malacate para el ingreso.

En cuanto a los elementos de protección, arguyó que al actor se le suministró monogafas, guantes de carnaza, casco y protector auditivo, que la empresa también entregaba camisas, un overol manga larga, camisa manga larga y pantalón, pero que para el momento del accidente el demandante no portaba esos elementos porque todavía estaba en periodo de prueba y esos se suministraba después de dicho periodo; adicionó que, el puente que baja hacía la autoclave es basculante.

Respecto del sistema de comunicación que había entre la persona que abría la puerta de la autoclave (actividad realizada por el actor) y la persona que operaba el malacate de los vagones cargados de fruta aceitera, indicó que se hacía a través de una señal con la mano; que en la zona donde operaba la actividad había mucho ruido, por lo que escuchar se dificultaba, ya que además tenían tapa oídos, de manera que el mejor medio para comunicarse era a través de una señal con la mano.

Agregó que, la temperatura que manejaba la autoclave era de 150°; que su formación era empírica dentro de las plantas extractoras; que recibió capacitaciones por parte de la empresa; que en sus inicios realizó la misma actividad que desempeñó el demandante; que actualmente se sigue manejando el mismo procedimiento, solo que se implementó un semáforo y una alarma.

El señor **Ricardo Amaya Neira** (Director de planta de la empresa demandada), precisó que el señor Fabián fue una persona muy polifuncional, pasó por todos los puestos de trabajo, pasó por la caldera, esterilización, llenado de vagonetas, palmistería y volteo; en cuanto a la capacitación, señaló: *«cuando la persona ingresa a la empresa se les da una capacitación completa incluye visión, misión, valores, matriz de peligros, un vídeo de los peligros de la empresa, se le da las funciones del cargo esa es una capacitación que en ese momento la daba la profesional HSEQ, cuando él pasa ha puesto, la inducción en esa época se hacía era verbal por parte del supervisor de turno, en este caso él entró inicialmente fue al área de calderas porque él venía para reforzar el área de calderas, había estado ya 15 días en calderas y se rotan, el personal se rota, en la semana del accidente estaba en llenado de vagonetas y la inducción en puesto la hace el supervisor»*.

Aseveró que, los cambios que se hicieron después del accidente del señor Fabián consistieron en colocar una señal lumínica y señal sonora para ubicar a las personas que están alrededor, tomando las medidas preventivas sugeridas por la ARL.

El señor **Arely Caicedo Hurtado** (ex trabajador de la empresa demandada), encargado de operar el malacate de los vagones cargados de fruta aceitera el día del

accidente laboral que sufrió el demandante, hizo relación a la actividad que ejecutaba, así:

Nosotros trabajábamos en el área de llenado de vagones, ahí uno llena los vagones, se pasa a una mesa, luego se pone para poner a cocinar, para meterla a cocinar, entonces yo era el que las metía en el horno, eso se mete con un malacate y un lazo, él estaba encargado de la autoclave de abrir las puertas por donde yo iba a meter, porque ahí trabajaban dos personas el encargado de abrir las puertas y el otro que es el que mete las vagonetas que es el que se queda atrás.

Ese día, él estaba encargado de las puertas como le dije, entonces yo aliste los vagones, los amarre porque eso es con un gancho y una manila, entonces el abrió las puertas y yo mire que él se hizo al lado de afuera, porque las puertas se abren y se enganchan en un gancho que había ahí, una varilla para que no se cierren, entonces uno la amarra ahí, entonces yo vi que el hizo el procedimiento, el llegó y abrió la puerta y la amarró, yo lo vi parado ahí, mientras tanto yo me fui y cogí los vagones, como le digo ya los tenía enganchados, yo me agache a jalarlos porque eso toca por medio de un malacate, mientras yo me agacho pues yo suponía que él estaba parado afuera al pie de la puerta, yo me agache ahí y empecé a jalar las vagonetas para meterlas y empujarlas, entonces claro como yo estaba agachadito las vagonetas me tapan a mí la vista al lado izquierdo donde él tenía que estar parado, porque yo tenía que estar pendiente que el malacate no me fuera a morder mis dedos, porque el lazo me puede a mí quitar la mano, entonces uno se concentra, yo me agache y las mando, cuando yo ya las mando donde tienen que entrar a la puerta del horno, yo escuche un grito y yo dije ¿Qué pasó?, entonces, yo fui corriendo y cuando miré, me di cuenta de que el señor estaba debajo del puente, porque ahí se abría un puente y se devolvía para que las vagonetas pasaran, entonces cuando yo me di cuenta es que él ya estaba allí debajo de ese puente, y fue ahí cuando yo me devolví, engancho las vagonetas para darles reversa y levante el puente, y lo saque, mientras tanto llegaron los compañeros, y llegó la Doctora, le prestaron los primeros auxilios y ya a él se lo llevaron para el médico eso fue lo que paso ese día.

Añadió que, las capacitaciones que otorgaba la empresa eran a través de videos; que para el momento del accidente el señor Fabián no tenía dotación completa, porque llevaba un mes y algo, que él sí contaba con la dotación completa por ser más antiguo; que la dotación consistía en unas botas, guantes de carnaza, un overol y botas de cuero con punta de acero, porque se manejaba vapor y la zona es caliente.

Del recuento del anterior caudal probatorio, procede la Sala a verificar si en efecto la empresa demandada tenía implementados procedimientos de seguridad en el trabajo para prevenir el accidente al que fue expuesto el señor Fabián, para lo cual es preciso señalar que las obligaciones del patrono están consagradas en los numerales 1.º y 2.º del artículo 57 del CST, entre las cuales se encuentran que deben «Poner a disposición de los trabajadores, salvo estipulación en contrario, los instrumentos adecuados y las materias primas necesarias para la realización de las labores» y procurarles además «locales apropiados y elementos adecuados de protección contra los accidentes y enfermedades profesionales en forma que se garanticen razonablemente la seguridad y la salud».

Asimismo, el artículo 348 ibídem, preceptúa que toda empresa está obligada a «suministrar y acondicionar locales y equipos de trabajo que garanticen la seguridad y salud de los trabajadores», y adoptar las medidas de seguridad indispensables para la protección de la vida y la salud de los trabajadores, lo cual guarda armonía con las disposiciones en materia de salud ocupacional y seguridad en los establecimientos de trabajo que prevé el artículo 2º de la Resolución 2400 de 1979, como las obligaciones patronales, entre otras, las siguientes: «b) Proveer y mantener el medio ambiente ocupacional en adecuadas condiciones de higiene y seguridad [...] f) Aplicar y mantener en forma eficiente los sistemas de control necesarios para protección de los trabajadores y de la colectividad contra los riesgos profesionales y condiciones o contaminantes ambientales originados en las operaciones y procesos de trabajo. Igualmente, el artículo 21 del Decreto 1295 de 1994, estipula: «c) Procurar el cuidado integral de la salud de los trabajadores y de los ambientes de trabajo».

Teniendo en cuenta las obligaciones que se encuentran en cabeza del empleador, observa esta Sala de Decisión que en el presente asunto no se evidenció por parte de la demandada que hubiese actuado con diligencia y cuidado en relación al lugar y mecanismos implementados para la labor desarrollada por parte del señor Fabián, consistente en la apertura de la autoclave, mecanismo que maneja altas temperaturas, actividad catalogada de alto riesgo, conforme lo contempla el numeral 2, artículo 2, Decreto 2090 de 2003, pues se observaron varias omisiones de su parte, como se pasa a explicar.

Lo primero que hay que decir, es que conforme al material probatorio obrante en el informativo, se tiene que el procedimiento que tenía implementado la empresa para el manejo o coordinación de la entrada de vagonetas con fruta a la autoclave y la apertura de las compuertas, era muy precaria, primitiva e insegura, en tanto que, como lo indicó el testigo Deciderio Meneses, Supervisor de la empresa, ello se hacía por “señal de manos” o de viva voz, entre los trabajadores encargados de ejecutar dicha tarea, lo que pone en evidencia una falla en el procedimiento para realizar aquella actividad por cuanto el medio para comunicarse no era la más idónea o adecuada en términos de seguridad industrial a efectos de proteger la integridad de los trabajadores. Recuérdese que el señor Deciderio dijo que el lugar donde se ejercía la labor era muy ruidoso, lo cual dificultaba que se pudieran oír entre ellos; además, que debían usar tapa oídos. También se afirmó por parte del testigo Arley que al realizar el procedimiento de jalar las vagonetas debía agacharse, lo cual no le permitía una buena visualización. Se recalcó además por parte de los declarantes que, el puente que unía la autoclave con los vagones era basculante de manera que no era fijo, lo que

aumentaba el riesgo de caída frente a cualquier movimiento fuerte.

Tan cierto es lo anterior, que en el formato de acciones correctivas de la empresa convocada a juicio del 9 de diciembre de 2015, es decir, con posterioridad al infortunio laboral sufrido por el actor, correspondiente al formato de acciones correctivas, preventivas y de mejora, en el acápite de «DESCRIPCIÓN DE LA NO CONFORMIDAD REAL O POTENCIAL» se indicó: «**No se contaba con señalización para coordinar la entrada de las vagonetas con fruta de la autoclave, lo cual generó un alto riesgo para la seguridad de los trabajadores**». Y en el ANÁLISIS DE CAUSAS (REFERENCIAR EL MÉTODO UTILIZADO), en expuso «**No se había identificado ese riesgo potencial. Se presento (sic) un accidente de trabajo en esta zona por falta de coordinación entre los dos operarios**». (Negritas fuera del texto original).

Precisamente por la falencia advertida, fue que la empresa el 14 de enero de 2016, implementó una MEJORA EN EL ÁREA DE AUTOCLAVE, conforme se advierte en la comunicación dirigida al Gerente General de la compañía demandada, en donde se indicó por parte del Director Industrial y la Coordinadora de SGSST lo siguiente:

De acuerdo con las recomendaciones que se realizaron en el área de la autoclave por el evento ocurrido el 3 de diciembre de 2015, con el accidente del señor José Fabián Tovar, la investigación concluyó que se debe colocar señalización visual y señalización sonora con alarma. (Negritas y subrayado fuera del texto original).

La dirección industrial entregó al departamento HSEQ, las mejoras que se realizaron en el área de autoclave, de la planta extractora por cada autoclave se le instaló un dispositivo visual (semáforo) de entrada de la autoclaves y alarma para que suspenda el paso de las vagonetas a la autoclave. (Negritas y subrayado fuera del texto original).

En similar sentido, la ARL Seguros Bolívar, mediante comunicación del 19 de mayo de 2016, dirigida al Gerente de la convocada a juicio, le realizó recomendaciones de prevención a fin de que se rediseñará a nivel de ingeniería la apertura de tapas automáticas para la autoclave, rediseño de ingeniería en el puente de acceso a la autoclave con un dispositivo de aseguramiento frente al vagón que impidiera la caída del personal y señalamiento lumínico y alarma sonora durante la actividad, implementado por parte de la empresa con posterioridad al accidente del señor Fabián, un semáforo y alarma al momento de la entrada de vagonetas al autoclave, de donde se colige que la accionada sí evidenció las deficiencias en los estándares de seguridad para realizar la tarea de esterilización y por ello buscó medidas de prevención, tal como se observó en el documento denominado «*mejora en del área de autoclave*». (fs. 65 a 67)

Acorde con lo expuesto, surge con evidencia que al interior de la empresa no se contaba con un procedimiento seguro para coordinación de la entrada de vagonetas con fruta a la autoclave y la apertura de las compuertas, sitio donde ocurrió el incidente laboral, siendo sin lugar a dudas esta la principal causa que condujo al accidente de trabajo que sufrió el señor Tovar, la que a no dudarlo es plenamente atribuible a la empresa demandada, en tanto que solo vino a prever dicho riesgo, una vez tuvo lugar el infortunio laboral del promotor del litigio. Y es que no puede perderse de vista que nuestra legislación laboral y las normas de salud ocupacional, hoy Sistema de Gestión de la Seguridad y Salud en el Trabajo SG-SST, y las de riesgos laborales, consagran la obligación del empleador de cuidar y procurar por la seguridad y salud de los trabajadores, y adoptar todas las medidas a su alcance en orden a prevenir los accidentes y enfermedades profesionales, lo cual se colige de los numerales 1 y 2 del artículo 57, 348 del CST, literales c), d) y g), del artículo 2º de la Resolución 2400/79, así como el literal c) del canon 21 del Decreto 1295/94.

Sobre el particular, resulta pertinente traer a colación lo señalado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia CSJ SL9355-2017, donde se dijo:

De manera particular, tales obligaciones se encuentran consagradas en los numerales 1 y 2 del artículo 57 del Código Sustantivo de Trabajo, según las cuales los empleadores deben «Poner a disposición de los trabajadores, salvo estipulación en contrario, los instrumentos adecuados y las materias primas necesarias para la realización de las labores», y procurarles «locales apropiados y elementos adecuados, de protección contra los accidentes y enfermedades profesionales en forma que se garanticen razonablemente la seguridad y la salud».

De igual manera, el artículo 348 del mismo estatuto preceptúa que toda empresa está obligada a «suministrar y acondicionar locales y equipos de trabajo que garanticen la seguridad y salud de los trabajadores», y adoptar las medidas de seguridad indispensables para la protección de la vida y la salud de los trabajadores, lo cual guarda armonía con las disposiciones en materia de salud ocupacional y seguridad en los establecimientos de trabajo que prevén dentro de las obligaciones patronales las de «proveer y mantener el medio ambiente ocupacional en adecuadas condiciones de higiene y seguridad» (art. 2 R. 2400/1979).

En esa misma línea el artículo 84 de la Ley 9 de 1979 estableció que, entre otras obligaciones, los empleadores están impelidos a proporcionar y mantener un ambiente de trabajo en adecuadas condiciones de higiene y seguridad; establecer métodos de trabajo con el mínimo de riesgos para la salud dentro de los procesos de producción; cumplir y hacer cumplir las disposiciones relativas a salud ocupacional; responsabilizarse de un programa permanente de medicina, higiene y seguridad en el trabajo destinado a proteger y mantener la salud de los trabajadores; adoptar medidas efectivas para proteger y promover la salud de los trabajadores mediante la instalación, operación y mantenimiento, en forma eficiente, de los sistemas y equipos de control necesarios para prevenir enfermedades y accidentes en los lugares de trabajo y realizar programas educativos sobre los riesgos para la salud a que estén expuestos los trabajadores y acerca de los métodos de su prevención y control.

Ya en el marco del Sistema General de Riesgos Profesionales, hoy Sistema General de Riesgos Laborales, se reiteró la obligación a los empleadores de «procurar el cuidado integral de la salud de los trabajadores y de los ambientes de trabajo» (art. 21 del D. 1295/1994).

*A partir de lo visto, adviértase cómo las disposiciones sustantivas laborales de salud ocupacional –hoy Seguridad y Salud en el Trabajo- y riesgos laborales, han sido unívocas en comprometer al empleador a cuidar y procurar por la seguridad y salud de los trabajadores, y adoptar todas las medidas a su alcance en orden a prevenir los accidentes y enfermedades profesionales, en perspectiva a que «la salud de los trabajadores es una condición indispensable para el desarrollo socio-económico del país, su preservación y conservación son actividades de **interés social** y sanitario» (art. 81 L. 9/1979).*

De otra parte, conforme a los diferentes medios probatorios analizados, quedó plenamente demostrado que el actor no recibió una verdadera capacitación por parte del supervisor de la planta el señor Deciderio Meneses, pues este mismo reconoció que la instrucción del proceso de esterilización y manejo de la puerta de la autoclave se hizo de manera verbal, 3 días antes de que se ejecutará la labor, sin que previamente se hiciera práctica del procedimiento, pues se confió en lo manifestado por el demandante respecto de que ya conocía de la actividad a realizar, por haber trabajado con la compañía en otra oportunidad, debiendo precaver que antes de ejecutarse una actividad tan peligrosa, era necesario reforzar la inducción que en algún momento pudo haber tenido el actor, de manera completa bajo práctica y con un tiempo prudente para ello. En ese orden, el hecho de que el trabajador afirmara conocer el procedimiento o que ya había manejado ese tipo de equipo o máquinas, no sustraía al empleador de su obligación de capacitación e inducción dando cumplimiento del artículo 2 de la Resolución 2400 de 1979.

No basta entonces, que se haya aportado al plenario un registro de inducción de fecha 11 de noviembre de 2015, cuando las pruebas en conjunto dejan entrever que la capacitación no se dio de manera adecuada, sin que fuera suficiente que se diera una instrucción básica sobre la actividad a desarrollar, sino que debe contarse además con personal capacitado para dar la inducción, lo cual claramente no cumplía el señor Deciderio Meneses, al haber reconocido en su declaración que su formación era empírica dentro de las plantas extractoras, lo cual permite deducir que no tenía pleno conocimiento frente a temas de seguridad en el trabajo relacionados con la operación, más aun cuando tampoco fue acreditado por la parte accionada, aspecto con lo cual se concluye que el señor Tovar no contó con una capacitación adecuada por parte del empleador a fin de prevenir el riesgo al momento de ejercer la actividad.

En punto del debate, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia CSJ SL1900-2021, expresó:

[...]por lo tanto, Taborda Galvis al ejecutar un acto inseguro o imprudente, ello en manera alguna puede significar per se, que exista culpa exclusiva de la víctima, como equivocadamente lo concluyó el juzgador de alzada, puesto que acorde con lo analizado en precedencia, la empresa incurrió en varias y gravísimas falencias y omisiones a fin de prevenir este tipo de accidentes, lo que da lugar a imputarle responsabilidad en aquel fatal incidente.

Lo anterior, por cuanto aun aceptando que el trabajador tenía experiencia, ello de ninguna manera puede sustraer ni eximir la obligación del empleador en realizar la debida capacitación e inducción a sus trabajadores, y de dar cumplimiento del artículo 2 de la Resolución 2400 de 1979, en donde se consagran como obligaciones de los empresarios, entre otras, la siguiente: «g) Suministrar instrucción adecuada a los trabajadores antes de que se inicie cualquier ocupación, sobre los riesgos y peligros que puedan afectarles, y sobre la forma, métodos y sistemas que deban observarse para prevenirlos o evitarlos» (Subrayado fuera de texto), lo que guarda concordancia con lo previsto en literal g) del artículo 84 de la Ley 9 de 1979, que establece: «Realizar programas educativos sobre los riesgos para la salud a que estén expuestos los trabajadores y sobre los métodos de prevención y control».

De igual forma, quedó acreditado que la compañía demandada no suministró de manera adecuada los implementos de protección que necesitaba el trabajador para ejecutar la labor, pues el mismo señor Meneses y el señor Arley reconocieron que el actor no contaba con la dotación completa porque estaba en período de prueba, lo cual aumentó el riesgo, pues si hubiere contado con la indumentaria adecuada, las quemaduras ocasionadas por la exposición a altas temperaturas, si bien no se hubieran evitado por su caída, habrían podido ser menores.

Estas circunstancias permiten concluir que, la empresa accionada no actuó de manera diligente frente al proceso de aperturas de compuertas en el área de autoclave, pues a pesar de que se trataba de una maniobra peligrosa y que ponía en riesgo la integridad del personal encargado de ejecutar dichas labores, no implementó mecanismos adecuados y seguros, quedando probado que el procedimiento que se tenía implementado era totalmente obsoleto e inadecuado, al carecer de señalización y alarmas que dieran mayor seguridad en la ejecución de esas tareas a la integridad de los trabajadores. Y aun cuando la convocada a juicio tenía implementando un programa de salud ocupacional (f° 333 a 391), este no resulta ser suficiente para establecer que el empleador actuó con precaución y cuidado, pues era su deber además de contar con dicho programa por escrito ejecutarlo de manera adecuada, lo cual no hizo como bien se ha recalcado a lo largo de esta providencia

Tampoco resulta ser un eximente de responsabilidad el hecho de que con anterioridad al suceso repentino del señor Tovar no hubiera existido otro accidente similar, pues precisamente la ocurrencia del infortunio laboral del actor dejó en evidencia el procedimiento inadecuado con el que contaba la empresa aquí

demandada para los trabajadores al momento de esterilización del fruto con el que se elabora el aceite de palma, sin que pueda ser de recibo el argumento de que el riesgo no se encontraba previsto dentro de la empresa, puesto que precisamente, es obligación de estar hacer un análisis de los diferentes puestos de trabajo para evidenciar todos y cada uno de los riesgos a los que pueden estar expuestos los trabajadores, lo cual permite concluir que no cumplió con las obligaciones especiales a su cargo, frente a lo cual resulta pertinente traer a colación lo dispuesto en el Decreto 1443 de 2014, «Por el cual se dictan disposiciones para la implementación del Sistema de Gestión de la Seguridad Social y Salud en el Trabajo SG -SST», en especial lo señalado en el numeral 1º del artículos 7, numerales 6º y 9 del precepto 8, numeral 3º del artículo 12, artículo 15, numeral 2 y 4 del canon 16, y artículos 23 y 24, los cuales disponen:

Artículo 7º. Objetivos de la Política de Seguridad y Salud en el Trabajo (SST). La Política de SST de la empresa debe incluir como mínimo los siguientes objetivos sobre los cuales la organización expresa su compromiso:

1. Identificar los peligros, evaluar y valorar los riesgos y establecer los respectivos controles.

[...]

Artículo 8º. Obligaciones de los Empleadores. El empleador está obligado a la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores, acorde con lo establecido en la normatividad vigente.

[...]

6. Gestión de los Peligros y Riesgos: Debe adoptar disposiciones efectivas para desarrollar las medidas de identificación de peligros, evaluación y valoración de los riesgos y establecimiento de controles que prevengan daños en la salud de los trabajadores y/o contratistas, en los equipos e instalaciones.

[...]

9. Participación de los Trabajadores: Debe asegurar la adopción de medidas eficaces que garanticen la participación de todos los trabajadores y sus representantes ante el Comité Paritario o Vigía de Seguridad y Salud en el Trabajo, en la ejecución de la política y también que estos últimos funcionen y cuenten con el tiempo y demás recursos necesarios, acorde con la normatividad vigente que les es aplicable.

Así mismo, el empleador debe informar a los trabajadores y/o contratistas, a sus representantes ante el Comité Paritario o el Vigía de Seguridad y Salud en el Trabajo, según corresponda de conformidad con la normatividad vigente, sobre el desarrollo de todas las etapas del Sistema de Gestión de Seguridad de la Salud en el Trabajo SG-SST e igualmente, debe evaluar las recomendaciones emanadas de estos para el mejoramiento del SG-SST.

El empleador debe garantizar la capacitación de los trabajadores en los aspectos de seguridad y salud en el trabajo de acuerdo con las características de la empresa, la identificación de peligros, la evaluación y valoración de riesgos relacionados con su trabajo, incluidas las disposiciones relativas a las situaciones de emergencia, dentro de la jornada laboral de los trabajadores directos o en el desarrollo de la prestación del servicio de los contratistas;

[...]

Artículo 12. Documentación. El empleador debe mantener disponibles y debidamente actualizados entre otros, los siguientes documentos en relación con el Sistema de Gestión de la Seguridad y Salud en el Trabajo SG-SST:

[...]

3. La identificación anual de peligros y evaluación y valoración de los riesgos;

[...]

Artículo 15. Identificación de Peligros, Evaluación y Valoración de los Riesgos. El empleador o contratante debe aplicar una metodología que sea sistemática, que tenga alcance sobre todos los procesos y actividades rutinarias y no rutinarias internas o externas, máquinas y equipos, todos los centros de trabajo y todos los trabajadores independientemente de su forma de contratación y vinculación, que le permita identificar los peligros y evaluar los riesgos en seguridad y salud en el trabajo, con el fin que pueda priorizarlos y establecer los controles necesarios, realizando mediciones ambientales cuando se requiera.

A partir de la vigencia del presente decreto, los panoramas de factores de riesgo se entenderán como identificación de peligros, evaluación y valoración de los riesgos.

Parágrafo 1º. La identificación de peligros y evaluación de los riesgos debe ser desarrollada por el empleador o contratante con la participación y compromiso de todos los niveles de la empresa. Debe ser documentada y actualizada como mínimo de manera anual.

También se debe actualizar cada vez que ocurra un accidente de trabajo mortal o un evento catastrófico en la empresa o cuando se presenten cambios en los procesos, en las instalaciones en la maquinaria o en los equipos.

Parágrafo 2º. De acuerdo con la naturaleza de los peligros, la priorización realizada y la actividad económica de la empresa, el empleador o contratante utilizará metodologías adicionales para complementar la evaluación de los riesgos en seguridad y salud en el trabajo ante peligros de origen físicos, ergonómicos o biomecánicos, biológicos, químicos, de seguridad, público, psicosociales, entre otros.

Cuando en el proceso productivo, se involucren agentes potencialmente cancerígenos, deberán ser considerados como prioritarios, independiente de su dosis y nivel de exposición.

Parágrafo 3º. El empleador debe informar al Comité Paritario o Vigía de Seguridad y Salud en el Trabajo sobre los resultados de las evaluaciones de los ambientes de trabajo para que emita las recomendaciones a que haya lugar.

Parágrafo 4º. Se debe identificar y relacionar en el Sistema de Gestión de la Seguridad y Salud en el Trabajo los trabajadores que se dediquen en forma permanente a las actividades de alto riesgo a las que hace referencia el Decreto 2090 de 2003.

Artículo 16. Evaluación inicial del Sistema de Gestión de la Seguridad y Salud en el Trabajo SG-SST. La evaluación inicial deberá realizarse con el fin de identificar las prioridades en seguridad y salud en el trabajo para establecer el plan de trabajo anual o para la actualización del existente. El Sistema de Gestión de la Seguridad y Salud en el Trabajo existente a la entrada en vigencia del presente decreto deberá examinarse teniendo en cuenta lo establecido en el presente artículo. Esta autoevaluación debe ser realizada por personal idóneo de conformidad con la normatividad vigente, incluyendo los estándares mínimos que se reglamenten.

La evaluación inicial permitirá mantener vigentes las prioridades en seguridad y salud en el trabajo acorde con los cambios en las condiciones y procesos de trabajo de la empresa y su entorno, y acorde con las modificaciones en la normatividad del Sistema General de Riesgos Laborales en Colombia.

La evaluación inicial debe incluir, entre otros, los siguientes aspectos:

[...]

2. La verificación de la identificación de los peligros, evaluación y valoración de los riesgos, la cual debe ser anual. En la identificación de peligros deberá contemplar los cambios de procesos, instalaciones, equipos, maquinarias, entre otros;

[...]

4. La evaluación de la efectividad de las medidas implementadas, para controlar los peligros, riesgos y amenazas, que incluya los reportes de los trabajadores; la cual debe ser anual;

[...]

Artículo 23. Gestión de los peligros y riesgos: El empleador o contratante debe adoptar métodos para la identificación, prevención, evaluación, valoración y control de los peligros y riesgos en la empresa.

Artículo 24. Medidas de prevención y control. Las medidas de prevención y control deben adoptarse con base en el análisis de pertinencia, teniendo en cuenta el siguiente esquema de jerarquización:

1. Eliminación del peligro/riesgo: Medida que se toma para suprimir (hacer desaparecer) el peligro/riesgo;

2. Sustitución: Medida que se toma a fin de remplazar un peligro por otro que no genere riesgo o que genere menos riesgo;

3. Controles de Ingeniería: Medidas técnicas para el control del peligro/riesgo en su origen (fuente) o en el medio, tales como el confinamiento (encerramiento) de un peligro o un proceso de trabajo, aislamiento de un proceso peligroso o del trabajador y la ventilación (general y localizada), entre otros;

4. Controles Administrativos: Medidas que tienen como fin reducir el tiempo de exposición al peligro, tales como la rotación de personal, cambios en la duración o tipo de la jornada de trabajo. Incluyen también la señalización, advertencia, demarcación de zonas de riesgo, implementación de sistemas de alarma, diseño e implementación de procedimientos y trabajos seguros, controles de acceso a áreas de riesgo, permisos de trabajo, entre otros; y,

5. Equipos y Elementos de Protección Personal y Colectivo: Medidas basadas en el uso de dispositivos, accesorios y vestimentas por parte de los trabajadores, con el fin de protegerlos contra posibles daños a su salud o su integridad física derivados de la exposición a los peligros en el lugar de trabajo. El empleador deberá suministrar elementos y equipos de protección personal (EPP) que cumplan con las disposiciones legales vigentes. Los EPP deben usarse de manera complementaria a las anteriores medidas de control y nunca de manera aislada, y de acuerdo con la identificación de peligros y evaluación y valoración de los riesgos.

Parágrafo 1º. El empleador debe suministrar los equipos y elementos de protección personal (EPP) sin ningún costo para el trabajador e igualmente, debe desarrollar las acciones necesarias para que sean utilizados por los trabajadores, para que estos conozcan el deber y la forma correcta de utilizarlos y para que el mantenimiento o

reemplazo de los mismos se haga de forma tal, que se asegure su buen funcionamiento y recambio según vida útil para la protección de los trabajadores.

Parágrafo 2º. *El empleador o contratante debe realizar el mantenimiento de las instalaciones, equipos y herramientas de acuerdo con los informes de inspecciones y con sujeción a los manuales de uso.*

Parágrafo 3º. *El empleador debe desarrollar acciones de vigilancia de la salud de los trabajadores mediante las evaluaciones médicas de ingreso, periódicas, retiro y los programas de vigilancia epidemiológica, con el propósito de identificar precozmente efectos hacia la salud derivados de los ambientes de trabajo y evaluar la eficacia de las medidas de prevención y control;*

Parágrafo 4º. *El empleador o contratante debe corregir las condiciones inseguras que se presenten en el lugar de trabajo, de acuerdo con las condiciones específicas y riesgos asociados a la tarea.*

De igual forma, la enjuiciada debió tener en cuenta, fue la Ley 9 de 1979, que en su artículo 84, que establece que los empleadores están obligados, entre otros a «c) Responsabilizarse de un programa permanente de medicina, higiene y seguridad en el trabajo destinado a proteger y mantener la salud de los trabajadores de conformidad con la presente Ley y sus reglamentación”, así como, «d) Adoptar medidas efectivas para proteger y promover la salud de los trabajadores, mediante la instalación, operación y mantenimiento, en forma eficiente, de los sistemas y equipos de control necesarios para prevenir enfermedades y accidentes en los lugares de trabajo».

Así mismo, la Resolución 2400 de 1979, por el cual se establecen algunas disposiciones sobre vivienda, higiene y seguridad en los establecimientos de trabajo, Ley 378 de 1997, por medio del cual se aprobó el Convenio 161, sobre los servicios de salud en el trabajo, asimismo para la época del infortunio laboral ya se encontraba vigente el Decreto 1072 de 2015, el cual entró en vigor el 26 de mayo 2015, en su artículo 2.2.4.6.1. definió las directrices de obligatorio cumplimiento para implementar el Sistema de Gestión de la Seguridad y Salud en el Trabajo (SG-SST), que deben ser aplicadas por todos los empleadores públicos y privados, los contratantes de personal bajo modalidad de contrato civil, comercial o administrativo, las organizaciones de economía solidaria y del sector cooperativo, las empresas de servicios temporales y tener cobertura sobre los trabajadores dependientes, contratistas, trabajadores cooperados y los trabajadores en misión.

Y en su artículo 2. 2. 4. 6. 4., también se dispuso que el Sistema de Gestión de la Seguridad y Salud en el Trabajo SG-SST debe ser liderado e implementado por el empleador o contratante, con la participación de los trabajadores y/o contratistas, garantizando a través de dicho sistema, la aplicación de las medidas de Seguridad y Salud en el Trabajo, el mejoramiento del comportamiento de los trabajadores, las

condiciones y el medio ambiente laboral, y el control eficaz de los peligros y riesgos en el lugar de trabajo.

Cabe traer a colación lo dicho por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia CSJ SL1900-2021, donde al analizar la culpa patronal, sostuvo:

Así, con total nitidez se evidencia, que el empleador omitió tomar las acciones de seguridad y protección pertinentes, desplegando medidas protectoras a fin de evitar que el trabajador sufriera un accidente laboral, a lo que se suma, que ante la no acreditación de un programa en salud ocupacional y seguridad, la falta de capacitación e inducción, permiten sostener que el trabajador estaba expuesto a unos riesgos laborales que ni siquiera había previsto la empleadora, o por lo menos no lo demostró, puesto que si cada tarea – vaciado del concreto y trabajo en alturas - por sí solas implican un peligro alto para la integridad del empleado, con mayor razón la sumatoria de estas actividades, el cual debía estar identificado en su programa de seguridad industrial (art. 9 Decreto 614/84).

[...]

Todo lo anterior, conduce inequívocamente a concluir, que la convocada a juicio omitió tomar las acciones de seguridad y protección pertinentes, desplegando medidas protectoras a fin de evitar que el trabajador sufriera un accidente de trabajo, y muy por el contrario, permitió imprudentemente que el accionante llevara a cabo aquella actividad sin la debida capacitación e inducción, con el cual puso en riesgo la integridad física del actor, siendo evidente la falta de diligencia y cuidado, generadora de culpa patronal por negligencia y violación de reglamentos. (Subrayado y negrillas fuera del texto original).

Sobre el particular, la Sala en sentencia CSJ SL10194-2017, reiterada en la CSJ SL1361- 2019, en donde rememoró la SL, 14 ago. 2012, rad. 39446, puntualizó:

Es que si no se demuestra esa diligencia ordinaria, ello constituye fuente de culpa en la contingencia surgida del accidente de trabajo, y así lo ha considerado esta Corte, entre otras en la sentencia CSJ SL, 14 Agos. 2012, rad. 39446:

La abstención en el cumplimiento de la ‘diligencia y cuidado’ debidos en la administración de los negocios propios, en este caso, las relaciones subordinadas de trabajo, constituye la conducta culposa que exige el artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo para infligir al empleador responsable la indemnización ordinaria y total de perjuicios.

No puede olvidarse, además, que ‘la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo’, tal y como lo pregonan el artículo 1604 del Código Civil, por tanto, amén de los demás supuestos, probada en concreto la omisión del empleador en el cumplimiento de sus deberes de protección y seguridad, en otras palabras, de diligencia y cuidado, se prueba la obligación de indemnizar al trabajador los perjuicios causados y, por consiguiente, si el empleador pretende cesar en su responsabilidad debe asumir la carga de probar la causa de la extinción de aquélla, tal y como de manera genérica lo dice el artículo

(...)

Recuérdese como, la jurisprudencia, de antaño, si bien es cierto ha venido precisando que la exigencia contenida en el artículo 216 del C.S.T. cuando reclama para la procedencia de la indemnización plena de perjuicios, la acreditación de la culpa suficientemente comprobada del empleador, que la carga probatoria en principio recae en quien demanda su reconocimiento, también ha señalado que tratándose del deber de prueba de la diligencia contractual “ha de valer la que impone el artículo 1604 del C.C. según la cual la prueba de la diligencia incumbe al que ha debido emplearlo.

Así las cosas, competía al extremo demandado, por ser a la parte contractual a quien le incumbía probar la diligencia y responsabilidad en el cumplimiento de sus obligaciones de protección y de seguridad impuestas por el artículo 56 del Código Sustantivo del Trabajo, acreditar la actuación esmerada y diligente frente al cumplimiento de tales exigencias inherentes a su condición de empleador; por lo que, cuando menos se esperaba, por parte de esta Sala, contar con los medios de acreditación que dieran cuenta de las capacitaciones que se le suministraron al trabajador a fin de que pudiera desarrollar de manera adecuada y segura la actividad para la que fue contratado.

De otro lado, debe resaltarse que no bastaba con que el trabajador ya hubiere laborado para la empresa a fin de establecer que contaba con la experticia suficiente para ejercer la actividad y con ello no dar una capacitación completa y adecuada, como lo precisó el señor Meneses al decir, que no puso en práctica la apertura de la autoclave por parte del señor Fabián antes de ejercer la labor, por cuanto le manifestó que ya conocía como funcionaba el procedimiento de esterilización al haber trabajado anteriormente con la empresa, pues nuevamente se repite la actividad a ejecutar era una actividad riesgosa, de manera que por prevención el empleador tenía la obligación de capacitar completamente a su trabajador, más aun cuando el señor Tovar había trabajado para la compañía en el año 2012, es decir, que desde hacía 3 años no había hecho dicha actividad, siendo deber del empleador suministrar la instrucción adecuada a su trabajador antes de iniciar la ocupación, tal y como lo prevé el literal g), artículo 2, resolución 2400 de 1979, y como lo resaltó la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia CSJ SL1900-2021, en la que señaló:

Lo anterior, por cuanto aun aceptando que el trabajador tenía experiencia, ello de ninguna manera puede sustraer ni eximir la obligación del empleador en realizar la debida capacitación e inducción a sus trabajadores, y de dar cumplimiento del artículo 2 de la Resolución 2400 de 1979, en donde se consagran como obligaciones de los empresarios, entre otras, la siguiente: «g) Suministrar instrucción adecuada a los trabajadores antes de que se inicie cualquier ocupación, sobre los riesgos y peligros que puedan afectarles, y sobre la forma, métodos y sistemas que deban observarse para prevenirlos o evitarlos», lo que guarda concordancia con lo previsto en literal g) del artículo 84 de la Ley 9 de 1979, que establece: «Realizar programas educativos sobre los riesgos para la salud a que estén expuestos los trabajadores y sobre los métodos de prevención y control». (Subrayado fuera de texto)

Es que nuestra legislación laboral, y en las normativas de salud ocupacional, hoy Sistema de Gestión de la Seguridad y Salud en el Trabajo SG-SST, y las de riesgos laborales, consagran la obligación del empleador de cuidar y procurar por la seguridad y salud de los trabajadores, y adoptar todas las medidas a su alcance en orden a

prevenir los accidentes y enfermedades profesionales, tal y como se desprende de los en los numerales 1 y 2 del artículo 57, 348 del CST, 2 de la Resolución 2400/79, literales c), d) y g) del canon 21 del Decreto 1295/94, último vigente para aquella data, entre otras disposiciones. (Ver sentencia CSJ SL9355-2017).

En este orden, para que el empleador pueda exonerarse de la responsabilidad derivada de un accidente de trabajo, debe demostrar haber actuado con diligencia y cuidado para prevenir o evitar su ocurrencia, máxime cuando se trate de actividades de altísimo riesgo para la vida y la integridad del trabajador, como se observa en el sub examine, es a la que estaba expuesto en señor Tabora, no solo por el manejo de la manguera flexible que lo golpeó, sino porque la actividad que estaba ejecutando era en un piso 14, lo que sin lugar a dudas implica un trabajo en alturas; y si bien no puede afirmarse que la culpa del empleador se presuma en estos casos, sí implica que deba tener un mayor grado de diligencia y cuidado, debiendo tomar las medidas que correspondan con la alta vulnerabilidad a que queda expuesto el trabajador en esta clase de actividades. (Negrilla fuera del texto original).

Así las cosas, conforme al análisis hecho en precedencia, para la Sala se encuentra suficientemente comprobada la culpa del empleador en el infortunio laboral que sufrió el señor José Fabián Tovar, resultando desacertadas las conclusiones a las que arribó la juez de primer nivel, lo que conduce a que se cause a favor de los demandantes la indemnización plena de perjuicios consagrada en el artículo 216 del CST, sin que para ello tenga incidencia alguna la concurrencia de culpas que pudieron existir y generar el referido incidente, ni que los actos inseguros o imprudentes en los que pudo incurrir el promotor del litigio, exima al empleador de su culpa o disminuya la referida indemnización de perjuicios, pues se itera, lo demostrado en juicio es que la empresa demandada faltó a su deber de implementar programa de salud ocupacional y seguridad, capacitar y dar inducción al trabajador, en aras de evitar o prevenir accidentes laborales, lo cual conlleva a que deba ser revocada la decisión del *a quo*.

DE LAS PRETENSIONES

i) Lucro cesante

En cuanto al lucro cesante, la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral en sentencia CSJ SL4223-2022, precisó:

La Sala reitera que esta tipología de perjuicio corresponde al ingreso económico que deja de percibir o se recibe en menor proporción a causa de la pérdida de capacidad laboral o fallecimiento del trabajador, en cuyo caso el empleador está en la obligación de resarcir tal menoscabo económico (CSJ SL2845-2019). Este perjuicio se divide en dos modalidades: (i) el lucro cesante pasado o consolidado, y (ii) el futuro.

Ahora, en relación con el lucro cesante pasado o consolidado, se advierte que en los casos en que el infortunio laboral generó una pérdida de capacidad laboral al trabajador y no su deceso, el mismo se causa desde la materialización del daño que corresponde a la fecha de estructuración de las secuelas -para las enfermedades- o de ocurrencia del evento -accidente de trabajo-, con base en el

salario que percibía el trabajador a dicha data debidamente indexado al momento de liquidación de la sentencia, hito final hasta el cual se calcula este perjuicio.

Por su parte, el lucro cesante futuro se determina con base en los criterios citados anteriormente, pero tomando un interregno distinto, que va desde el día en que se profiera el fallo hasta que se cumpla la expectativa de vida probable del causante.

Asimismo, se advierte que existen casos en los cuales el vínculo laboral subsiste con posterioridad al accidente o a la estructuración de la enfermedad.

Al respecto, la Corte considera oportuno precisar que en atención a que, para ser indemnizado un daño, el perjuicio que se reclama debe ser cierto, es claro que la subsistencia del vínculo laboral genera que el trabajador no haya tenido una mengua en sus ingresos, de modo que el lucro cesante pasado o consolidado no se materializa hasta tanto no se termine el contrato de trabajo o se haya emitido sentencia, conforme a lo que ocurra primero.

*No obstante, se debe precisar que tal regla no es aplicable en lo referente al lucro cesante futuro, toda vez que, si bien el vínculo laboral subsiste al momento de realizar la liquidación, por lo cual se entendería que el trabajador conservará sus ingresos dada la preservación del empleo, tal afirmación corresponde a un hecho futuro y, por tanto, una expectativa, respecto de la cual no se tiene certeza, contrario a lo que ocurre con el daño que es cierto y, **en consecuencia, debe indemnizarse, de modo que no hay razón para negar su reconocimiento con fundamento en dicho argumento.** (Subrayado y negrilla fuera del texto original).*

En el caso *sub examine*, se tiene que el actor manifestó en el hecho 2.4 del escrito inaugural que es empleado de la empresa demandada desde el 18 de noviembre de 2015, sin establecer fecha definalización del contrato; a su vez milita a folio 615 a 616 documento emitido por el Comité Médico laboral de la ARL Seguros Bolívar dirigido a la empresa Agropecuaria Santamaría S.A. el 23 de octubre de 2019, en el cual se establece las recomendaciones a tener en cuenta respecto del trabajador, lo cual permite establecer que para dicha data aun seguía vinculado a la compañía y, como quiera que para este momento no se cuenta con constancia de terminación del vínculo laboral se presume que sigue vigente.

Bajo tal entendido, se liquida el perjuicio consolidado teniendo en cuenta el salario percibido por el actor correspondiente al SMLMV y la fecha en que se emite la presente sentencia, arrojando el siguiente valor:

Fecha de cálculo		=	22-ago-23
Datos del causante			
Género	=	Masculino	
Fecha de nacimiento	=	03-nov-86	
Fecha de Estructuración	=	17-ene-19	
Último salario 2019	=	\$ 828.116	
Salario actualizado 2023	=	\$ 1.160.000	
Porcentaje de perdida capacidad L		32,36%	
Lucro cesante Mensual	=	\$ 375.376	
1.- Lucro Cesante Consolidado	=	\$ 23.705.740	

Por su parte, el lucro cesante futuro se calcula desde la fecha de la sentencia hasta la expectativa de vida probable del trabajador y se obtiene que el valor del perjuicio asciende a **\$71.383.299**, tal como se expresa a continuación:

2.- Lucro Cesante Futuro	=	\$ 71.383.299
Lucro Cesante Mensual	=	\$ 375.376,00
Edad (Actual teórica) Causante	=	36,80
Esperanza de vida - Años	=	44,60
Esperanza de vida - Meses	=	535,20
Intereses mensual	=	0,5%
Fórmula		
LCF	=	LCM X an
		$\frac{(1+i)^n - 1}{i(1+i)^n}$

Lucro Cesante Consolidado	\$ 23.705.740
Lucro Cesante Futuro	\$ 71.383.299
Lucro Cesante Total	\$ 95.089.039

ii) Perjuicios morales

Sobre este tipo de perjuicios ha sostenido la alta Corporación de cierre de la jurisdicción Ordinaria Laboral que pueden reconocerse tanto a la víctima como a sus familiares o personas más cercanas al versen afectados ante los padecimientos que sufrió el accidentado en los términos del artículo 216 del CST, también ha indicado que

este tipo de perjuicio se encuentra clasificado en objetivos y subjetivos y que su tasación es al *arbitrio iudicis*, señalándose en sentencia CSJ SL987-2021, lo siguiente:

Frente a esta reclamación, debe precisarse que esta Corte ha sostenido, que esta clase de perjuicios originados por un accidente de trabajo, se pueden reconocer tanto a la víctima como a las personas más cercanas a la misma, que sufren igualmente con los padecimientos que aquejan a aquélla en los términos del artículo 216 del CST, siempre y cuando, acredite «haber padecido una lesión o un menoscabo en sus condiciones materiales o morales con ocasión de la muerte, la discapacidad o la invalidez generadas por el infortunio laboral derivado de una culpa patronal, pues lo cierto es que el accidente de trabajo puede tener consecuencias indirectas frente a terceros que resultan afectados en su situación concreta». (CSJ SL7576-2016).

De otra parte, también se ha dicho por parte de la Sala, que esta clase de perjuicios deben clasificarse en objetivados y subjetivados, y su tasación debe hacerse al arbitrio iudicis, siendo pertinente rememorar la sentencia CSJ SL4794-2018, en donde se dijo:

[...] la jurisprudencia de esta Sala, de manera reiterada ha sostenido que el daño moral debe ser analizado desde dos perspectivas, los objetivados y subjetivados, respecto de los que en la sentencia CSJ SL, 6 jul. 2011, rad. 39867, reiterada en la CSJ SL1525-2017, se dijo «Los primeros, son aquellos daños resultantes de las repercusiones económicas de las angustias o trastornos síquicos que se sufren a consecuencia de un hecho dañoso; y, los segundos, los que exclusivamente lesionan aspectos sentimentales, afectivos, y emocionales que originan angustias, dolores internos, síquicos, que lógicamente no son fáciles de describir o de definir.

En cuanto a su liquidación, la Corporación a dicho de manera pacífica, que es menester aplicar las reglas de la experiencia, pues su tasación se hace al «arbitrium iudicis», lo que significa que el juzgador está la capacidad de tasar libremente el monto de dicha indemnización, tal y como se dijo en la sentencia CSJ SL10194-2017, reiterada en la SL17547-2017, sin que ello signifique que se haga de manera caprichosa, sino fincada en circunstancias particulares que rodeen el asunto particular. (Negrilla y subrayado fuera del texto original).

Sobre la forma de calcular este tipo de perjuicios, ha reiterado la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral que, debe ser *arbitrio iudicis*, tal como se dijo en sentencia CSJ SL4223-2022, en la cual expuso:

Para cuantificarlos, la Sala ha considerado que el monto que se tase por perjuicios inmateriales no representa ni busca obtener una reparación económica exacta, sino resarcir o mitigar de alguna manera el daño que se padece en lo más íntimo del ser humano, lo que no resulta estimable en términos económicos; no obstante, a manera de relativa satisfacción, se ha dicho que es factible establecer su cuantía a la discreción del juez -arbitrio iudicis-, teniendo en cuenta el principio de dignidad humana consagrado en los artículos 1.º y 5.º de la Constitución Política y la intensidad del perjuicio (CSJ SL, 15 oct. 2008, rad. 32720, CSJ SL4665-2018, CSJ SL4570-2019 y CSJ SL5154-2020).

Así, teniendo en cuenta que el trabajador tenía 29 años para la fecha del accidente y quien actualmente cuenta los siguientes diagnósticos producto del infortunio laboral ocasionado el 3 de diciembre de 2015: i) fractura de epífisis superior del cubito derecho, ii) quemadura de cara y cuello 4% SCT grado III profunda; iii)

quemadura de tórax y hombro 8% SCT grado III profunda (f° 606), se fijan en la suma de **treinta (30) salarios mínimos mensuales legales vigentes -SMMLV-, para el demandante.**

En cuanto a las afectaciones relacionadas con su ámbito familiar, resulta útil remitirse a lo dicho por los testigos Zoraida González en calidad de vecina del actor y Ángel Felipe Triviño familiar cercano, pues ambos coincidieron en señalar que el señor Fabián se vio afectado psicológicamente después del suceso laboral a tal punto de querer estar encerrado en su casa, evitando cualquier interacción social.

Por su parte, el señor Ángel Felipe Triviño, afirmó también que el accidente le generó al señor Tovar cambios en su temperamento, pues se irita con facilidad, que tuvo conocimiento que ello le generó conflictos con su cónyuge al punto de que en ocasiones se separaron; que a raíz de la situación económica que han tenido que padecer, su esposa no ha podido estudiar como tampoco su hija, situación económica de la cual también se vieron afectados sus padres y hermano, pues muchas veces tuvieron que viajar a la ciudad de Bogotá para los tratamientos médicos a los que se debía someter, teniendo que pagar de sus propios bolsillos los gastos en que se incurría durante el tiempo de su recuperación.

Bajo lo expuesto, se estima como perjuicios morales para cada uno de sus familiares directos aquí demandantes, esto es compañera permanente, hija, padres y hermano, la suma de **quince (15) SMLMV.**

iii) Daño a la vida de relación

Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en sentencia CSJ SL1361-2019, precisó:

*En lo atinente a los perjuicios por **daño de vida de relación o fisiológico**, conforme a la línea de pensamiento de esta Sala, plasmada en la sentencia CSJ SL, 22 ene. 2008, rad. 30621, reiterada en la CSJ SL, 30 oct. 2012, rad. 39631, y más recientemente en la SL4913-2018, estos se originan por el «“menoscabo en la vida de relación social, que no se equipara a la aflicción íntima, que se padece en el interior del alma, calificada como daño moral subjetivo, ni tampoco con la pérdida de la capacidad laboral, que es estimable en dinero a partir del grado de invalidez establecido por las Juntas Calificadoras; **es el daño que afecta la aptitud y disposición a disfrutar de la dimensión de la vida en cualquiera de sus escenarios sociales; es una afectación fisiológica, que aunque se exterioriza, es como la moral, inestimable objetivamente, y por tanto inevitablemente sujeta al arbitrio judicial.**”».* (Negrillas resaltado por la Corte)

Al respecto, nuevamente se hace necesario recurrir a la prueba testimonial,

frente a lo cual sostuvieron los declarantes Zoraida González y Ángel Felipe Triviño que con anterioridad al accidente laboral, el señor Fabián Tovar era persona muy activa y alegre, que le gustaba organizar equipos de fútbol e ir con sus familiares y amigos a paseos al río. El señor Ángel señaló que físicamente el demandante era muy diferente; que era una persona que tenía unas facciones muy bonitas, era robusto y vanidoso; que después del suceso, se empezó a cubrir su cara y cuerpo para no ser señalado, lo cual hizo que se bajara su autoestima.

Lo anterior, se corrobora con señalado en la ponencia del dictamen de la Junta de Calificación de Invalidez de fecha 11 de octubre de 2019 (f° 609 a 613), en la cual se establece: *«consideramos que si bien, ha presentado elementos afectivos y comportamientos en relación a las secuelas de su accidente, en la valoración actual los síntomas afectivos se observan modulados, persisten dificultades comportamentales dadas por irritabilidad, los cuales el paciente asocia a estresores actuales y matiza por rasgos de personalidad».*

También resulta relevante traer a colación lo expuesto en la valoración por terapia ocupacional, del dictamen referido en cual se dijo: *«persona de 32 años de edad, vive en unión libre, padre de un hijo de 2 años de edad, labora, en oficios varios en plata extractora de aceite, se lesiona los miembros superiores, no contempla arcos de movimiento en hombros, manifiesta pérdida de la fuerza, disminución de la capacidad auditiva izquierda, **presenta sensibilidad al sol y al calor, que limita el adecuado desarrollo de las actividades de la vida diaria, la motricidad fina y laboral**».* (Subrayado y negrilla fuera el texto original).

Claro lo anterior, la Sala concluye que está probada la magnitud del daño en la vida de relación. Lo anterior, porque los citados medios de convicción dan cuenta que el trabajador accidentado sufrió una afectación en la aptitud y disposición para disfrutar de distintos escenarios sociales, personales y lúdicos en su vida cotidiana, así como en la interacción con sus familiares y amigos, debido a la afectación física y auditiva que padeció, pues dejó de gozar de actividades rutinarias con sus parientes más cercanos, volviéndose más solitario y esquivo como lo narró la testigo Zoraida González, situación que ha afectado emocionalmente a sus parientes más allegados, pues según lo dicho por el señor Ángel, el demandante tenía muchas metas por cumplir junto con su esposa y que a raíz del accidente no volvió a salir, y dejó de ser esa persona jovial y risueña que era anteriormente.

En consecuencia, se tiene que tanto el actor, como su esposa, hija, padres y hermano, han sufrido una afectación a su vida de relación, pues aquél se ha visto impedido para realizar las labores cotidianas por sus secuelas tanto físicas como médicas; por lo tanto, la Sala estima que por concepto de este perjuicio se deben **reconocer treinta (30) SMMLV para el demandante** y, para cada uno de sus familiares directos, aquí demandantes, esto es compañera permanente, hija, padres y hermano la suma de **quince (15) SMLMV**.

Las anteriores sumas deberán ser indexadas al momento en que se efectúe el pago, para lo cual se deberá tener en cuenta la fórmula $VA = VH \times IPC \text{ final} / IPC \text{ inicial}$, con el ánimo de traer a valor presente las sumas que por el transcurso del tiempo ha perdido poder adquisitivo, tal como lo ha enseñado la Sala Laboral del Corte Suprema de Justicia CSJ SL 28 ago. 2012, radicado 39130. Ahora bien, como se indexarán las condenas no es posible imponer los intereses moratorios, tal como lo ha explicado también la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en decisión CSJ SL, 6 dic. 2011, rad. 41392.

iv) Perjuicio estético

En cuanto este perjuicio debe decirse que el mismo no es considerado de manera autónoma, sino que se encuentra ligado a los daños morales y daño de vida de relación, tal como lo precisó la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SC5686-2018, en la cual señaló:

Es que, por otra parte, esa tesitura abierta de los perjuicios extrapatrimoniales con una tipología de daños de ese linaje, ha experimentado en el derecho comparado una, para algunos, exagerada profusión de modalidades, proclive tal a la dispersión, carente de rigor por comprender los mismos intereses, quizás yuxtapuestos y no claramente diferenciados unos de otros. En efecto, se habla de perjuicio sexual, daño estético, perjuicio juvenil, psico-físico, por pérdida de la calidad de vida, anatómico-funcional, perjuicio del sufrimiento, al placer, daño a la serenidad familiar, daño existencial, al proyecto de vida, daño a la vida de relación, daño biológico, etc.¹ Tendencia esta que llega entonces a consolidarse conceptualmente en la concesión de tantos resarcimientos como intereses extrapatrimoniales resulten afectados, al margen de la denominación con que se la distinga.

Esa especie de inflación de daños extrapatrimoniales ha dado lugar a que se proclame la necesidad de ir con prudencia a la hora de implementar o establecer nuevos perjuicios de ese linaje en tanto los mismos no se encuentren técnicamente definidos de modo tal que, más que el bien directamente afectado, se mire y precise el interés jurídico lesionado, de suerte que no sea objeto de múltiple reparación por encontrarse protegido o solapado en dos o más clases, pues, como ya es sabido, la responsabilidad civil es meramente resarcitoria, de modo que

no puede convertirse en fuente de lucro para el damnificado ni en factor de expoliación para el dañador, como lo sostiene un autorizado expositor².

En lo que hace al daño extrapatrimonial como género, y en atención a esas diversas manifestaciones y tipologías, la doctrina se ha preguntado si “debe hacerse de cada perjuicio un capítulo distinto a los fines de su reparación por separado, o si deben reagruparse como un perjuicio único totalizador del daño moral”³. Cuestión que en Italia, abanderada en esa especie de profusión un tanto desordenada, se ha venido restringiendo sobre la base de entender que

“sólo en el caso de consecuencias perjudiciales que se deriven, según los principios de la regularidad causal, de la lesión a intereses de rango constitucional, se resarcen daños distintos del daño biológico y del daño moral subjetivo, si es que ellas tienen, como estos últimos, naturaleza no patrimonial. Lo que no impide, justamente por ello y dentro de la óptica de una concepción unitaria de la persona, que la valoración equitativa de todos los daños extrapatrimoniales pueda también ser única, sin distinguir -lo que puede ser oportuno pero no siempre indispensable- entre lo que se reconoce a título de daño moral subjetivo y lo que se reconoce a título de alivio de perjuicios diferentes del mero sufrimiento psíquico; o entre lo que debe ser liquidado a título de resarcimiento por el daño biológico en sentido estricto (si se verifica una lesión a la integridad psicofísica) y lo que corresponde al alivio de los perjuicios mencionados; y que tampoco impide que la liquidación del daño biológico, el daño moral subjetivo y los perjuicios adicionales resarcibles se exprese en una única suma de dinero, para cuya determinación deben no obstante tenerse en cuenta todas las proyecciones dañosas del hecho lesivo”⁴.

Todo cuanto viene dicho se justifica en casos como los que pone de presente este cargo, en la medida en que para la reparación del daño moral es menester que se tenga certeza, no solo de las circunstancias que rodearon el hecho, sino de la existencia de los diversos intereses extra pecuniarios afectados y de su intensidad para de allí arribar a una cuantía de dinero que, a modo de satisfacción, se constituya en la reparación o indemnización, palabras todas hueras frente al inasible dolor que por este medio se intenta mitigar. **Pero debe aclararse que bajo el rubro aludido -daño moral- no han de quedar comprendidas vulneraciones o menoscabos que propiamente están cobijados por el denominado daño a la vida de relación, que son los dos tipos de daños extrapatrimoniales reclamados por los demandantes en esta causa. Además, debe resaltarse, eso sí, que el perjuicio moral mal puede quedar limitado al pretium doloris y por tanto, engloba en este caso, afectaciones dañosas a los denominados derechos de la personalidad, ahora llamados también como derechos fundamentales, que no se reducen al honor, la dignidad o el buen nombre sino que abarcan, en particular en este caso, los derechos a la familia, entre otros ítems de valía.**

Recientemente esta Sala entendió como daño moral, de acuerdo con los lineamientos generales que de este perjuicio se han descrito en doctrina y jurisprudencia, el que

“está circunscrito a la lesión de la esfera sentimental y afectiva del sujeto, ‘que corresponde a la órbita subjetiva, íntima o interna del individuo’ (sentencia de 13 de mayo de 2008), de ordinario explicitado

² Pizarro, Ramón Daniel, daño moral, editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1996, página 35

³ Bustamante Alsina, Jorge, teoría general de la responsabilidad civil, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, página 245

⁴ Casación Civil 8827 de 31 de mayo de 2003 en Koteich Khatib, Milagros, la dispersión del daño extrapatrimonial en Italia. Daño biológico vs. “daño existencial”, en http://www.comparazionedirittocivile.it/prova/files/koteich_dispersione.pdf. Consulta realizada el 9 de julio de 2017

material u objetivamente por el dolor, la pesadumbre, perturbación de ánimo, el sufrimiento espiritual, el pesar, la congoja, aflicción, sufrimiento, pena, angustia, zozobra, desolación, impotencia u otros signos expresivos”, que se concretan “en el menoscabo de los sentimientos, de los afectos de la víctima y, por lo tanto, en el sufrimiento moral, en el dolor que la persona tiene que soportar por cierto evento dañoso”. (Sentencia de Casación Civil de 18 de septiembre de 2009. Exp.: 2005-406-01). (SC10297-2014 de 5 ag. 2014, Rad: 11001-31-03-003-2003-00660-01).

Se trata, estima ahora la Corte, de una concepción restringida, afín al primigenio pretium doloris, del derecho común y del antiguo derecho germánico, que pone énfasis en el sufrimiento o padecimiento psíquico o físico, pero que bien vistas las cosas, deja de lado otro tipo de menoscabos, como los atentados al honor, a la reputación, al patrimonio moral, que la Corte ya antes había entendido como modalidades de daño moral en sentido estricto, comprendiendo el que la doctrina dio en llamar perjuicio de afección, distinción que se debe a Josseland.

En consecuencia, para los efectos del despacho de este cargo, considera la Corporación que dentro del rubro daños morales ha de quedar comprendido tanto los dolores y padecimientos del fuero interno del individuo, descritos en la sentencia transcrita, como las afectaciones asimismo internas de daños infligidos a los derechos de la personalidad, verdaderas disminuciones de bienes extrapatrimoniales, lo que excluye por supuesto los efectos de la denominada actividad social no patrimonial (SC 13 de mayo de 2008), que constituye propiamente el daño a la vida de relación. (Negrilla y subrayado fuera del texto original).

v.) Afectación o vulneración relevante de bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados

Sobre este tópico, el mismo ha sido analizado por el Consejo de Estado quien ha estimado que los mismos deben ser reconocidos como una tercera categoría de daños inmateriales autónomos, siendo un daño que proviene de la vulneración o afectación a derechos contenidos en fuentes normativas diversas, sus causas emanan de vulneración o afectación a bienes o derechos constitucionales y convencionales, siendo una reparación no pecuniaria a través de medidas simbólicas, conmemorativas de rehabilitación o de no repetición, lo cual se da en el marco de violación a derechos humanos, siendo un daño antijurídico imputable al Estado, con el objetivo de restablecer plenamente a la víctima el ejercicio de sus derechos, tal como se puede ver en la sentencia 05001-23-25-000-1999-01063-01(32988) del 28 de agosto de 2014.

La situación descrita en la providencia en cuestión, no se avizora en el presente asunto, pues los perjuicios que se están reparando devino de un accidente laboral, que no afectó o vulneró bienes o derechos convencional o constitucionalmente amparados.

Llamada en garantía

En cuanto al cubrimiento de la póliza por parte de la Compañía de Seguros la Previsora S.A., sostiene la aseguradora que existe prescripción de la acción derivada del contrato de seguro de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1081 del Código de Comercio, para lo cual debe decirse que en materia laboral existe norma expresa que regula el tema prescriptivo contemplado en los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS, en donde se alude que el término de prescripción es de tres (3) años, el cual se contabiliza a partir del momento en que la obligación se hace exigible, en el presente caso se tiene que el accidente laboral sucedió el 3 de diciembre de 2015, la demanda se radicó el 15 de diciembre de 2017 (f°240), y la aseguradora fue notificada el 17 de julio de 2018 (f°453), sin que entre esas fechas haya transcurrido el término trienal al que aluden los artículos antes citados.

Ahora, en cuanto si la póliza allegada al proceso cubre el riesgo objeto de la presente sentencia, se tiene que allí se indica que la vigencia de la misma corresponde del **25 de diciembre de 2017 al 25 de diciembre de 2018**, es decir, que el cubrimiento corresponde con posterioridad al infortunio laboral, pues recuérdese que este ocurrió el 3 de diciembre de 2015, lo cual conlleva a determinarse que la aseguradora no está llamada a cubrir el riesgo, conforme lo indica el inciso segundo del artículo 1073 del Código de Comercio, el cual refiere: *«Pero si se inicia antes y continúa después que los riesgos hayan principiado a correr por cuenta del asegurador, éste no será responsable por el siniestro»*.

Para una mejor ilustración se reproduce el pantallazo de la póliza aportada por ambas partes la cual se encuentra a folios 429 a 444 y dentro del CD obrante a folio 463:

13 SEGURO RESPONSABILIDAD CIVIL PÓLIZA RESPONSABILIDAD CIVIL													PREVISORA S E G U R O S												
SOLICITUD			CERTIFICADO DE					N° CERTIFICADO			CIA. PÓLIZA LÍDER N°			CERTIFICADO LÍDER N°			A.P.								
DÍA		MES		AÑO		RENOVACION					13									NO					
22		12		2017																					
TOMADOR		2413906-AGROPECUARIA SANTAMARIA S.A											NIT		830.075.074-8										
DIRECCIÓN		CL 126A 7C 87 P6, BOGOTA, CUNDINAMARCA											TELÉFONO		2144415										
ASEGURADO		2413906-AGROPECUARIA SANTAMARIA S.A											NIT		830.075.074-8										
DIRECCIÓN		CL 126A 7C 87 P6, BOGOTA, CUNDINAMARCA											TELÉFONO		2144415										
EMITIDO EN		BOGOTA					CENTRO OPER		SUC.		EXPEDICIÓN			VIGENCIA					NÚMERO DE DÍAS						
MONEDA		Pesos									DÍA MES AÑO			DÍA MES AÑO											
TIPO CAMBIO		1.00					3301		33		22 12 2017			25 12 2017 00:00					25 12 2018 00:00		365				
CARGAR A: AGROPECUARIA SANTAMARIA S.A										35. PAGO 30,60,90,12					FORMA DE PAGO VALOR ASEGURADO TOTAL \$ 550,000,000.00										
Riesgo: 1 - VEREDA LLANO GRANDE, SAN MARTIN, META																									
Categoría: 1-EXTRACONTRACTUAL POR OCURRENCIA																									
AMPAROS CONTRATADOS																									
No. Amparo		Valor Asegurado										AcumVA					Prima								
1 ** PREDIOS, LABORES Y OPERACIONES		500,000,000.00										NO					0.00								
2 ** HONORARIOS PROFESIONALES		500,000,000.00										NO					0.00								
3 ** CONTAMINACION ACCIDENTAL		500,000,000.00										NO					0.00								
4 COBERTURA R.C. EXTRACONTRACTUAL		500,000,000.00										SI					5,000,000.00								
Deducible: 10.00% DEL VALOR DE LA PERDIDA		Mínimo 7.00 SMMLV NINGUNO										NO					0.00								
6 CONTRATISTAS Y SUBCONTRATISTAS INDEPENDI		150,000,000.00										NO					0.00								
LÍMITE AGREGADO ANUAL		150,000,000.00										NO					0.00								
Deducible: 10.00% DEL VALOR DE LA PERDIDA		Mínimo 7.00 SMMLV NINGUNO										NO					0.00								
8 R.C PATRONAL		150,000,000.00										NO					0.00								
LÍMITE AGREGADO ANUAL		50,000,000.00										NO					0.00								
Deducible: 10.00% DEL VALOR DE LA PERDIDA		Mínimo 7.00 SMMLV NINGUNO										NO					0.00								
9 PARQUEADEROS		150,000,000.00										NO					0.00								
LÍMITE AGREGADO ANUAL		50,000,000.00										NO					0.00								
Deducible: 10.00% DEL VALOR DE LA PERDIDA		Mínimo 7.00 SMMLV NINGUNO										NO					0.00								
10 BIENES BAJO CUIDADO, TENENCIA Y CONTROL		10,000,000.00										NO					0.00								
Deducible: 10.00% DEL VALOR DE LA PERDIDA		Mínimo 7.00 SMMLV NINGUNO										NO					0.00								
11 VEHICULOS PROPIOS Y NO PROPIOS		200,000,000.00										NO					0.00								
LÍMITE AGREGADO ANUAL		200,000,000.00										NO					0.00								
Deducible: 10.00% DEL VALOR DE LA PERDIDA		Mínimo 7.00 SMMLV NINGUNO										NO					0.00								
Texto continúa en Hojas de Anexos...																									

accidente de trabajo que sufrió el 3 de diciembre de 2015, los siguientes valores, los cuales deberá ser indexados al momento de su pago:

INDEMNIZACIÓN PLENA DE PERJUCIOS	
Concepto	Valor
Lucro cesante consolidado	\$ 23.705.740
Lucro cesante futuro	\$ 71.383.299
Total lucro cesante	\$95.089.039
Perjuicios morales	30 SMLMV
Perjuicios por daño en la vida de relación	30 SMLMV

SEGUNDO: CONDENAR a la empresa **AGROPECUARIA SANTAMARÍA S.A.S** a pagar a favor de los demandantes **LICETH DANIELA CASTRO ALFONSO**, su menor hija **M.T.C.**, **JOSÉ MARIBEL TOVAR NIETO**, **MARÍA LEONOR ROJAS** y **HÉCTOR ARNULFO TOVAR ROJAS**, en calidad de cónyuge, hija, padres y hermano, respectivamente, del señor **JOSÉ FABIÁN TOVAR ROJAS** la suma de quince (15) SMLMV, para cada uno, por concepto **perjuicios morales**, los cuales deberá ser indexados al momento de su pago.

TERCERO: CONDENAR a la empresa **AGROPECUARIA SANTAMARÍA S.A.S** a pagar a favor de los demandantes **LICETH DANIELA CASTRO ALFONSO**, su menor hija **M.T.C**, **JOSÉ MARIBEL TOVAR NIETO**, **MARÍA LEONOR ROJAS** y **HÉCTOR ARNULFO TOVAR ROJAS**, en calidad de cónyuge, hija, padres y hermano, respectivamente, del señor **JOSÉ FABIÁN TOVAR ROJAS** la suma de quince (15) SMLMV, para cada uno, por concepto de **daño a la vida de relación**, los cuales deberá ser indexados al momento de su pago.

CUARTO: ABSOLVER a la llamada en garantía de las pretensiones incoadas en su contra, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

QUINTO: COSTAS en ambas instancias a cargo de **AGROPECUARIA SANTAMARÍA S.A.S**.

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 demandada AGROPECUARIA SANTAMARÍA S.A.S. en la suma de \$3.480.000



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

República de Colombia



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

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	11001310500820190077101
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	MARÍA ANGÉLICA NAVA MONTERO
DEMANDADO	- JENNY PAOLA RÍOS VALENCIA - JHON FREDY RICO RUEDA

En Bogotá D. C. a los treinta y un (31) días del mes de agosto 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 **María Angélica Nava Montero** se **declare** que entre las partes existió un contrato de trabajo verbal entre el 8 marzo de 2018 al 15 de abril de 2019; que se declare que la terminación del contrato se dio de manera unilateral por parte del empleador; que al finalizar el contraro los empleadores no reconocieron, ni pagaron en su totalidad la liquidación laboral y el último sueldo devengado.

Como consecuencia de lo anterior, se **condene** a los demandados al reconocimiento y pago del último sueldo causado, y no pagado comprendido entre febrero y marzo de 2019, el cual estima provisionalmente en la suma de \$1.050.000, a la indemnización por falta de pago contemplada en el artículo 65 del CST, al pago de cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios y vacaciones durante el vínculo laboral comprendido entre el 05 de marzo de 2018 hasta el 15 de abril de 2019, a la indemnización por despido injustificado, a los aportes a seguridad social en pensiones, tomándose como base de liquidación la suma total de todos los factores

salariales conforme a derecho, más los intereses de mora, se reconozcan las condenas ultra y extra petita (f° 6 y 7, exp. físico).

Como hechos fundamento de las pretensiones (f° 8 y 9, exp. físico), señaló en síntesis, que el día 5 de marzo de 2018, como persona mayor de edad, domiciliada y residenciada en la ciudad de Bogotá, con permiso especial de permanencia de Migración Colombia por ser de nacionalidad Venezolana, acordó con los demandados en calidad de representantes legales de la empresa PROMECAR un contrato verbal de trabajo a término indefinido, el cual finalizó el 15 de abril de 2019, por decisión unilateral del empleador.

Narró que, el cargo por el cual fue contratada correspondió a la de surtidora, devengando como salario la suma de \$1.050.000, pagaderos de forma quincenal; que su jornada laboral incluía horas extras y recargos nocturnos; que el día 16 de abril de 2016, envió por correo certificado por la empresa «*inte Rapidísimo*» derecho de petición, el cual no tuvo contestación formal.

Indicó que, el día 23 de mayo de 2019, comparecieron a audiencia de conciliación extrajudicial en la Inspección de Trabajo RCC 18 de Bogotá D.C., en la cual no hubo acuerdo conciliatorio; que el día 12 de junio de 2019, nuevamente se envió derecho de petición por correo certificado el cual fue aceptado por la señora Jenny Paola Ríos, quien por conducto de apoderado contestó la petición, pero no en debida forma, pues no le fue suministrado el certificado laboral, exámenes de ingreso que le fueron practicados, copia de su desprendible de pago, copia de los pagos al sistema de seguridad social.

Señaló que, se configuró la debida disposición de la entrega al empleador de las prendas suministradas (dotación); que su despido se produjo después de que le comunicará a su jefe inmediato que venía presentando dolores en una parte de su cuerpo, por lo que solicitó citas médicas, pero no fue posible su atención, porque los demandados se encontraban en mora con la EPS Famisanar, posteriormente fue diagnosticada con hernia umbilical, lo cual se puede comprobar con las incapacidades médicas e historia clínica.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

Mediante auto de fecha 14 de abril de 2021 (f° 97, exp. Físico), la Juez tuvo por no contestada la demanda, al haberse presentado de forma extemporánea.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 27 de julio de 2021 (f° 102 a 103, CD f° 101, exp. físico), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR que entre la demandante **MARÍA ANGÉLICA NAVA MONTERO** y los demandados **JENNI PAOLA RÍOS** y **JHON FREDY RICO RUEDA** existió un contrato de trabajo el cual tuvo como extremo inicial el 05 de marzo de 2018 y como extremo final el 15 de abril de 2019, en el cual se desempeñó en el cargo de Surtidora y devengó el equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente.

SEGUNDO: CONDENAR a los demandados **JENNI PAOLA RÍOS** y **JHON FREDY RICO RUEDA** a pagar a la demandante **MARÍA ANGÉLICA NAVA MONTERO**, las siguientes sumas de dinero y conceptos:

1. La suma de \$414.058, correspondiente a 15 días de salario entre el 01 al 15 de abril de 2019, suma debidamente indexada.
2. La suma de \$173.786, por saldo de prestaciones sociales y vacaciones, suma debidamente indexada.

TERCERO: ABSOLVER a los demandados de las demás pretensiones incoadas en su contra.

CUARTO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandada liquídense por secretaría fijando como agencias en derecho la suma de \$908.526.

Para fundamentar su decisión, sostuvo que previó a verificar el material recaudado con el propósito de establecer la viabilidad de acceder a las peticiones de la demandante, advertía que siendo notificados en legal forma a los demandados, habían dejado transcurrir en silencio el término de traslado de la demanda, circunstancia que a voces del párrafo segundo del artículo 31 del CPTSS, debía valorarse como indicio grave en su contra.

Posteriormente, señaló que se encontraba acreditada la prestación del servicio por parte del accionante y en favor de los demandados, dado que así constaba de ciertos documentos obrantes en el expediente, en ese sentido había quedado cobijada la presunción contenida en el artículo 24 del CST, trasladándose la carga de la prueba en la cabeza del extremo pasivo, por lo que procedió a verificar si los llamados a juicio habían desvirtuado la presunción legal a la que hacía alusión el artículo citado, frente a lo cual se tenía que los accionados en interrogatorio de parte habían aceptado la existencia de la relación laboral con la señora María Angélica y los extremos señalados en la demanda, de esa manera debía declarar la existencia del contrato de trabajo alegado.

Respecto del salario, adujo que en el numeral 7 del escrito inaugural se había dicho que el mismo ascendía a la suma de \$1.050.000; no obstante, de las pruebas recaudadas no se lograba acreditar dicho monto, pues contrario a ello, de los documentos obrantes en el expediente se observaba que la pasiva había liquidado las

acreencias de la actora con base en el salario mínimo de la época; que en interrogatorio de parte rendido por los demandados, se tenía que efectivamente el salario pactado conforme lo había confesado la señora Jenny había obedecido a la suma de \$1.050.000 mensuales, liquidados de manera quincenal; pese a que dicha confesión era un medio de prueba, ello no impedía la valoración de los demás medios de convicción que se aportaban, evidenciando que en el caso particular todos los comprobantes de pago aportados registraban como salario el SMLMV de la época, más el auxilio de transporte y una suma denominada auxilio de movilización, razón por lo cual forzosamente tendría que tenerse como salario de la demandante el SMLMV, toda vez que dentro de la demanda no se había solicitado la inclusión de pagos como factor salarial, esto es, respecto del auxilio de movilización.

Frente al pago de prestaciones sociales y vacaciones, adujo que fue aportado al expediente comprobantes de nómina y liquidaciones visibles a folios 38 a 43, en las cuales aparecías consignadas las siguientes sumas \$714.884, \$167.041 y \$119.583 para un total de \$1.001.508, correspondiente a las cesantías; la suma de \$70.535, \$3.619, \$321.177, \$74.760 y \$1.634, para un total de \$471.725, correspondiente a los intereses a las cesantías; las sumas de \$280.157, \$434.727 y \$119.583, para un total de \$834.467, por concepto de primas de servicios y \$54.266 por valor de vacaciones, teniendo en cuenta dichos valores, procedió a efectuar las operaciones aritméticas por parte del juzgado descontándose los valores que le fueron cancelados a la demandante, condenando a las diferencias causadas entre lo pagado y lo adeudado en la suma de \$173.786.

En cuanto a la solicitud de pago de aportes al sistema integral de seguridad social, consideró la Juez que no había lugar, teniendo en cuenta que, de acuerdo a la prueba documental decretada de manera oficiosa, se había acreditado que los demandados habían afiliado a la actora y pagado las cotizaciones a su favor. En cuanto a la indemnización moratoria contemplada en el artículo 65 del CST, se abstuvo de condenar al considerar que no advertía que los accionados hubieran actuado de mala fe, como quiera que la terminación del contrato se había dado el 15 de abril de 2019, y según constaba en el proceso los empleadores efectuaron el pago de la liquidación final de las acreencias laborales en el mismo mes de abril de 2019.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión la **parte demandante** interpuso recurso de apelación el cual sustentó en que a través de Interrogatorio de parte la accionada confesó que el salario devengado no correspondía al salario mínimo legal mensual

vigente, frente a lo cual debía tenerse en cuenta que la actora había trabajado los días domingos y festivos; además de que también laboraba horas extras, tal y como se especificó en un cuadro dentro del escrito de demanda, en el hecho 8, lo cual no se tomó en cuenta por parte del a quo, razón por lo cual solicita se reconsidere la decisión y sea examinada por el superior.

CONSIDERACIONES

Problema jurídico

De conformidad con el recurso de alzada corresponde esta Sala decisión establecer: **i)** ¿Cuál es el salario devengado por la demandante durante la vigencia de la relación laboral?; **ii)** ¿Se encuentran acreditadas las horas extras que afirma el actor laboró, para efectos de ser tenidas en cuenta como parte del salario?.

Determinación del salario

Alude la parte actora en su escrito inaugural, en el hecho séptimo: «*Mi procurado obtenía como salario básico la suma de (\$1.050.000 M/L) pagaderos de forma quincenal*»; que en audiencia llevada a cabo el día 27 de julio de 2021, declaró en interrogatorio de parte la señora Jenny Paola Ríos Valencia en calidad de demandada quien señaló:

Apoderado parte actora: *¿el salario que obtenía mi poderdante por las labores realizadas en Promecar era de \$1.050.000, pagadero de forma quincenal?*
Rta: *Sí, señor.*

De acuerdo a lo manifestado en dicha audiencia, considera la parte recurrente que existió una confesión y, por lo tanto, debe considerarse como salario el valor previamente dicho. Para esclarecer el asunto, se tiene que en cuanto a la confesión ficta, tácita o presunta, se encuentra sujetas a las exigencias generales a toda confesión que al respecto señala el artículo 191 del CGP, asimismo, de acuerdo con el artículo 197 ibídem «*Toda confesión admite prueba en contrario*».

Sobre el particular la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sede de tutela CSJ STL6334-2023, dijo:

Corolario, al aplicarse los efectos del artículo 205 del CGP y darle fin al debate probatorio inobservando todas las pruebas en su conjunto, quedó desestimado lo preceptuado en el artículo 191 del mismo postulado, que advierte que toda confesión puede ser invalidada con diversos elementos probatorios y así quedó explicitado en la reciente jurisprudencia ídem al colegirse:

En efecto, olvidó que conforme al artículo 191 del Código General del Proceso toda confesión puede ser infirmada a partir de la valoración de otros medios de convicción (CSJ SL, 6 mar. 2007, rad. 28398, CSJ SL, 13 feb. 2013, rad. 39357, CSJ SL9156-2015, CSJ SL3865-2017 y SL1357-2018), en la medida que el juez de trabajo está prevalido del principio de libertad probatoria y no está sometido a tarifa legal de pruebas, de manera que puede otorgarles mayor valor a unas en perjuicio de otras y, por tanto, la confesión ficta no impide, de forma definitiva, llegar a otras conclusiones fácticas (CSJ SL, 6 mar. 2007, rad. 28398). (Negrilla y subrayado fuera del texto original).

De igual manera, es pertinente traer a colación lo dispuesto en el artículo 61 del CPTSS, que establece:

ARTÍCULO 61. LIBRE FORMACIÓN DEL CONVENCIMIENTO. El Juez no estará sujeto a la tarifa legal de pruebas y por lo tanto formará libremente su convencimiento, inspirándose en los principios científicos que informan la crítica de la prueba y atendiendo a las circunstancias relevantes del pleito y a la conducta procesal observada por las partes. Sin embargo, cuando la ley exija determinada solemnidad ad substantiam actus, no se podrá admitir su prueba por otro medio.

[...]

Acorde con lo anterior, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia CSJ SL3480-2022, expuso:

Resulta pertinente traer a colación lo afirmado en sentencia de 27 de abril de 1977, inédita, que fue ratificado por la Sala, entre otras, en sentencia CSJ SL, 05 nov. 1998, rad.11111, reflexiones que han sido reiteradas en proveídos CSJ SL1930-2021 Y CSJ SL360-2021:

"El artículo 61 del Código de Procedimiento Laboral les concede a los falladores de instancia la potestad de apreciar libremente las pruebas aducidas al juicio, para formar su convencimiento acerca de los hechos debatidos con base en aquellas que los persuadan mejor sobre cuál es la verdad real y no simplemente formal que resulte del proceso. Todo ello, claro está, sin dejar de lado los principios científicos relativos a la crítica de la prueba, las circunstancias relevantes del litigio y el examen de la conducta de las partes durante su desarrollo.

"Pueden, pues, los jueces de las instancias al evaluar las pruebas fundar su decisión en lo que resulte de algunas de ellas en forma prevalente o excluyente de lo que surja de otras, sin que el simple hecho de esa escogencia permita predicar en contra de lo resuelto así la existencia de errores por falta de apreciación probatoria y, menos aún, con la vehemencia necesaria para que esos errores tengan eficacia en el recurso extraordinario de casación como fuente del quebranto indirecto que conduzca a dejar sin efecto la decisión que así estuviera viciada.

La eficiencia de tales errores en la evaluación probatoria para que lleven a la necesidad jurídica de casar un fallo no depende pues simplemente de que se le haya concedido mayor fuerza de persuasión a unas pruebas con respecto de otras sino de que, aun de las mismas pruebas acogidas por el sentenciador o de otras que no tuvo en cuenta, surja con evidencia incontestable que la verdad real del proceso es radicalmente distinta de la que creyó establecer dicho sentenciador, con extravío en su criterio acerca del verdadero e inequívoco contenido de las pruebas que evaluó o dejó de analizar por defectuosa persuasión que sea configurante de lo que la ley llama el error de hecho".

83

PROMERCAR AUTOSERVICIO
NIT 80.056.504
PAGO NOMINA DE 15 AL 30 DE MARZO

NOMBRE MARIA ANGELICA NAVA
CEDULA 1112497014
CARGO CAJERA
INGRESO

Uqtes: 10000
Total: 278000
275000

RECIBI

SALARIO	A. TRANSPORTE	AUX.MOVILIZACION	TOTAL	DEDUCCIONES	TOTAL MES	QUINCENA
\$ 781.242	\$ 88.211	\$80.547	\$1050000		\$1050000	\$525000

Escaneado con CamScanner

En ese orden de ideas, si bien la señora Jenny Paola Ríos Valencia afirmó en su declaración de parte que la actora devengaba como salario la suma de \$1.050.000, no existe constancia dentro del proceso que dicha suma fue la que recibió durante la vigencia del contrato de trabajo, puesto que analizado el restante caudal probatorio al que se hace referencia en precedencia, bajo el principio de la sana crítica y conforme a las facultades del artículo 61 del CPTSS, los que para la Sala tienen mayor peso probatorio, este deja en evidencia otra realidad, esto es, que el valor correspondiente a \$1.050.000 no fue de manera constante, ya que tan solo existe certeza de este rubro para la quincena de marzo de 2018, lo cual pudo variar por las horas extras laboradas a las que hizo referencia el recurrente, así como al auxilio de transporte y movilización que la demandante percibía, sin que sea dable determinarse que todos los meses percibió horas extras o recargos nocturnos, toda vez que no obra constancia de ello; tan solo se cuenta con el cuadro al que hace referencia la parte actora en el hecho octavo del escrito de demanda, el cual señala unos horarios en las que supuestamente se laboró por fuera del habitual, sin que se especifiqué los días y meses, lo que tampoco puede constituir prueba para acreditar las horas extras por cuanto este proviene de la afirmación de la promotora del litigio, quien no le es dable fabricar elementos de juicio.

Cabe resaltar que la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral ha enseñado que le corresponde a la parte actora realizar una demostración clara, completa y precisa a fin de soportar la condena del fallador en torno al trabajo suplementario, indicando en sentencia CSJ SL7578-2015, lo siguiente:

Respecto a este cuestionamiento del ad quem, determinante de su conclusión relacionada con la ausencia de prueba del derecho reclamado, el impugnante no demuestra que el superior incurriera en error pues no despliega un razonamiento detallado donde demuestre que el tribunal ignora la evidencia surgida de un

determinado medio de convicción calificado.

Por supuesto no responde a la indicada exigencia referir en términos generales, después de enlistar los documentos y folios, que de éstos se «..., hubiera podido determinar cuáles horas extras fueron laboradas dentro del término que supuestamente se encontraba prescrito y cuáles después de él y descubierto que sí cumplió con la carga probatoria».

La jurisprudencia, como también lo señala la opositora, adoctrina con frecuencia recordando el deber del recurrente de realizar una demostración clara, completa y precisa a fin de soportar la condena del fallador en torno al trabajo suplementario:

Se impone recordar, como de vetusta lo ha enseñado esta Corporación, que para que el juez produzca condena por horas extras, dominicales o festivos las comprobaciones sobre el trabajo más allá de la jornada ordinaria han de analizarse de tal manera que en el ánimo del juzgador no dejen duda alguna acerca de su ocurrencia, es decir, que el haz probatorio sobre el que recae tiene que ser de una definitiva claridad y precisión que no le es dable al juzgador hacer cálculos o suposiciones acomodaticias para determinar el número probable de las que estimen trabajadas. CSJ SL quince de julio de 2008; rad, 31637.

De otra parte, se tiene que en interrogatorio de parte rendido por los llamados a juicio, si bien se reconoció que la demandante laboraba domingos y festivos, no quedó claro cuántos domingos laboraba al mes, por el contrario, se dijo que recibía un día compensatorio a la semana, entendiéndose con ello que entre las parte se pactó la jornada laboral de conformidad con lo establecido en el artículo 181 del CST, por lo cual no había lugar a reconocer recargo adicional, como bien lo ha precisado la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral en sentencia CSJ SL, 11 feb.2008, rad. 29814, en la que expuso:

En efecto, para explicar la forma como la demandada remuneró el trabajo en dominicales y festivos trajo a colación la situación de dos ciclos completos, “de donde se tiene que el señor HENRY ROMERO HERNÁNDEZ, código interno R00177, laboró en la primera catorcena el día domingo 6 de febrero 11.5 horas en jornada nocturna, dichas horas se le cancelaron con un porcentaje del 135% por ser nocturnas; de igual forma se le canceló conjuntamente 11.5 horas dominicales al 100% por haber laborado dicho día. Así mismo al mencionado trabajador se le concede a la semana siguiente (febrero 11) un descanso compensatorio remunerado por el hecho de haber laborado el día domingo 7 de febrero, por un número de horas igual al número de horas laboradas en dicho domingo (11.5 horas), esto sin perjuicio del descanso obligatorio remunerado igualmente por un número de horas igual al laborado durante la semana, 11.5 horas (febrero 12)”

*No encuentra la Corte que la manera de retribuir el trabajo en día domingo arriba transcrita constituya un equivocado entendimiento de los preceptos legales arriba citados, pues se corresponde con lo que, correctamente entendidos, surge de su tenor literal y por esa razón no incurrió en el dislate que se le imputa; con mayor razón si se toma en cuenta que el censor **no le explica a la Corte, las razones por las cuales cuando se labora habitualmente en días festivos o domingos “se tiene derecho a un día de descanso compensatorio remunerado y a la retribución en dinero de dos (2) salarios ordinarios”. Esa regla no se halla concebida en esos mismos términos en los preceptos denunciados como infringidos, como fácilmente se comprueba de sus respectivos textos, toda vez que el artículo 181 del Código Sustantivo del Trabajo, subrogado por el 31 de la Ley 50 de 1990, señala: “El***

trabajador que labore habitualmente en día de descanso obligatorio tiene derecho a un descanso compensatorio remunerado, sin perjuicio de la retribución en dinero prevista en el artículo 180 del Código Sustantivo del Trabajo”, norma esta que se remite al artículo 179 de ese estatuto que fija dicha retribución en “... un recargo del ciento por ciento (100%) sobre el salario ordinario, en proporción a las horas laboradas”. Pero ninguna de esas normas alude a los dos salarios ordinarios a que se refiere el impugnante. (Negrilla y subrayado fuera del texto original).

Ese mismo razonamiento se tuvo en sentencia CSJ SL3567-2019, en la cual se señaló:

Sin embargo, ello no significa que en realidad se esté adeudando sumas por este concepto, ya que el pago del descanso compensatorio, como se explicará a continuación, se entiende comprendido en el sueldo ordinario que se recibe mensual o quincenalmente, dependiendo del caso, sin perjuicio de su posterior disfrute.

En este punto es necesario diferenciar el concepto de recargo por trabajo dominical y festivo, el cual no es objeto de debate en el presente proceso, con el ítem de descanso compensatorio remunerado, pues el primero implica el pago de una suma porcentual adicional al salario ordinario por haber laborado en esos días, tal y como lo establece el artículo 179 del CST; mientras que el segundo representa una simple facultad de descanso o inactividad para el trabajador durante periodos en los que normalmente tendría que ejercer sus labores, sin que se afecte su remuneración mensual, esto con «la necesidad de garantizar el derecho fundamental al descanso» y de evitar «la explotación de los trabajadores» (CSJ SL, 11 dic. 1997, rad.10079), mas no trae consigo una retribución adicional a la que regularmente se recibe por la prestación de los servicios.

Y ahí precisamente es donde radica el error de la censura en este aspecto, pues cree o supone que, por el hecho de que la empleadora le reconoció al actor el derecho a disfrutar de los descansos compensatorios (que la empresa denominaba descanso obreros) por haber laborado domingos y festivos (f.º 19 a 384), cuestión que aceptaron las partes desde el inicio del litigio, también era su obligación cancelarle al trabajador una suma adicional al salario ordinario por haber ejercido labores en esos días, pues, a la luz de lo anteriormente explicado, la remuneración por trabajar un domingo o festivo está inmersa en el salario ordinario, sin perjuicio del día de inactividad, asueto o descanso del que disfrute el trabajador posteriormente.

En ese sentido, es dable concluir que, si bien el Tribunal adujo razones confusas y erradas para inferir que la demandada no estaba obligada al pago de las sumas correspondientes a «descansos obreros» o compensatorios, lo cierto es que ello no confecciona un yerro protuberante, en la medida en que, según se acaba de exponer, no era deber de la empresa cancelar adicionalmente valor alguno por dicho concepto, ya que el mismo se entiende comprendido dentro del salario ordinario que percibía el actor.

Ahora bien, de otro lado, también desacierta la censura al ligar la habitualidad de la labor dominical y festiva con el reconocimiento y disfrute de los descansos compensatorios, para así sostener que, por el hecho de que éstos fueron concedidos por la empresa, era viable inferir que el trabajador laboraba en forma habitual los días dominicales y festivos y que por tal razón se le adeudaban ciertos montos.

Al efecto, es pertinente poner de presente que la legislación laboral le otorga tratamiento distinto a la remuneración en comento, dependiendo si se trata de labores habituales o excepcionales, frente a lo cual es preciso resaltar que, conforme al parágrafo 2º del artículo 179 del CST, el trabajo es ocasional o excepcional cuando se labora hasta dos domingos o festivos en el mes calendario y se denomina habitual

cuando se trabaje tres o más domingos en dicho mes.

Según el artículo 180 ibídem, el trabajador que labore de manera excepcional el día de descanso obligatorio tiene derecho a un descanso compensatorio remunerado dentro del salario ordinario o, en su lugar, a una retribución en dinero por trabajo en domingo o festivo, consistente ésta última en el recargo adicional del 75% sobre el salario ordinario; mientras que el canon 181 ídem establece que la labor habitual da derecho al descanso compensatorio remunerado dentro del salario ordinario más la mencionada suma adicional del 75%. En otras palabras, la diferencia radica en que, en el primer caso, el trabajador se encuentra ante una disyuntiva, esto es, escoger entre el disfrute del descanso compensatorio, sin perjuicio de su remuneración ordinaria, o el recargo adicional en dinero, pues, por el contrario, la persona que labore de forma habitual tiene derecho a percibir ambos beneficios.

En consecuencia, no es posible concluir, como lo sugiere la censura, que, en este caso, el trabajador demandante prestaba sus servicios de manera habitual los domingos y festivos, por el solo hecho de que la sociedad le concedía descansos compensatorios, pues lo primero no está supeditado a lo segundo y viceversa, ya que los descansos compensatorios remunerados proceden cuando se labora un día de descanso obligatorio, esto es, un domingo o un festivo, sin importar si la labor en esos días era habitual o excepcional.

En lo concerniente a los puntos aquí debatidos y analizados, en la aludida sentencia CSJ SL, 11 dic. 1997, rad. 10079, reiterada en las providencias CSJ SL, 4 feb. 1998, rad. 10297 y CSL SL, 10 dic. 1998, rad. 10921, esta Corporación explicó lo siguiente:

Aclarado lo atinente a la retribución por trabajo en dominicales para trabajadores oficiales, es la oportunidad para precisar lo pertinente para el sector privado, a lo cual se procede:

En el sistema legal de descansos para el trabajador, el dominical ocupa de vieja data un puesto destacado, con fundamentos de diferente índole, ya fisiológicos (porque el organismo requiere de descanso) ora religiosos (dentro de la concepción cristiana). Habida cuenta de la trascendencia del tema, inicialmente se expidieron las leyes 57 de 1926, 72 de 1931 y el decreto 1278 de 1931, que consagraron la obligación del descanso de un día después de seis de trabajo, para todo empleado u obrero, se tomaron en cuenta las situaciones excepcionales y se reguló la retribución al trabajo en día de descanso con criterio de “indemnización en dinero”. Más tarde, la Ley 23 de 1967 ratificó el Convenio 106 de 1957 de la Organización Internacional del Trabajo.

Los artículos 172 a 185 del Código Sustantivo del Trabajo regularon la materia. Estos textos básicos han sufrido dos reformas a través de los artículos 12 y 13 del Decreto 2351 de 1965 y 29 a 31 de la Ley 50 de 1990.

La normatividad en cita otorga diferente tratamiento remunerativo al trabajo en los días de descanso dominical y festivo, según se trate de situaciones habituales o “excepcionales”. En efecto, con arreglo al artículo 12 del Decreto 2351 de 1965, el trabajo excepcional en domingo debe remunerarse con un recargo del ciento por ciento (100%) [hoy 75%] sobre el salario ordinario en proporción a las horas laboradas, sin perjuicio del salario ordinario a que tenga derecho el trabajador por haber laborado la semana completa.

Significa lo anterior, con base en esa preceptiva, en armonía con el artículo 180 del C.S.T. que si un trabajador particular, con modalidad de sueldo mensual, opta por el pago del recargo en dinero por haber trabajado toda la jornada laboral esporádicamente un domingo, tiene derecho al pago doble de ese día en relación con su salario ordinario, sin perjuicio de la remuneración del descanso, la cual se entiende incluida en su respectivo sueldo mensual. Así, por ejemplo, un trabajador que elija el pago del recargo en dinero y tenga un

suelo mensual de \$300.000.00 (si trabaja un domingo el mismo número de horas de la jornada ordinaria diaria de los otros días de la semana) tiene derecho a \$20.000.00 por el trabajo en ese domingo, sin perjuicio de los \$10.000.00 del descanso remunerado por haber laborado la semana, los que no deben pagarse adicionalmente porque están incluidos en el sueldo.

En cambio, de conformidad con el artículo 13 ibídem, un trabajador particular que labore habitualmente en día domingo tiene derecho tanto a un descanso compensatorio remunerado como al recargo en dinero atrás mencionado.

[...]

Todo lo expuesto, sin perjuicio de lo previsto en los artículos 182 declarado parcialmente inconstitucional y 184 del C.S.T. y 28 de la Ley 50 de 1990 que regulan situaciones especiales. De otra parte, los artículos 29 a 31 de la misma ley al modificar los artículos 179 a 181 del código eliminaron el beneficio del recargo en dinero por trabajo en domingo para los trabajadores particulares que hayan acordado con sus empleadores laborar en turnos de trabajo sucesivos hasta de seis horas al día y 36 a la semana, en los términos del literal c) del artículo 20 de esa ley, pues en tales casos, el único derecho que les asiste por trabajo excepcional o habitual en domingo, es el descanso compensatorio remunerado. (Subrayado por la Corte).

En ese sentido, y para efectos de otorgarle claridad al recurrente sobre el tema, si un trabajador labora ocasionalmente un domingo o festivo de descanso obligatorio y escoge disfrutar del descanso posteriormente, se entiende satisfecho su derecho al descanso compensatorio, sin perjuicio de la remuneración correspondiente, toda vez que ésta se encuentra incluida en el salario ordinario. Asimismo, si opta por no disfrutar del descanso, es decir, por no tener un día de inactividad, sino por recibir, en cambio, el recargo del 75% por su labor durante el domingo o festivo, el cual, como ya se vio, es adicional a su salario ordinario, también se entiende otorgado su derecho al descanso compensatorio. Lo mismo sucede, con mayor razón, frente al trabajador que labora habitualmente los días de descanso obligatorio, pues recuérdese que él es beneficiario de ambas prerrogativas.

Por las anteriores razones, no es posible endilgarle un yerro al Tribunal cuando concluyó que la empresa no adeudaba salario alguno por concepto de descansos compensatorios. (Negrilla y subrayado fuera del texto original).

Además, tal y como lo estableció la falladora de primer grado, no resulta dable tenerse como incidencia salarial el auxilio denominado de movilización cuando ello no fue pedido en la demanda, aunado a que, si en gracia de discusión se analizará su incidencia salarial, tan solo se cuenta con 3 desprendibles de nómina de los cuales dos corresponden a enero de 2018, y el otro a marzo del mismo año, lo cual no permite establecer su periodicidad, habitualidad y permanencia en dicho pago.

De otra parte, si se sumaran todos los rubros devengados por esa anualidad de acuerdo a los desprendibles mencionados, se tendría para el año 2018, que la actora recibió un total de \$950.000, al mes y para el año 2019, la suma de \$1.005.695, valores que no se ajustan al salario pretendido por la actora.

Acorde con lo expuesto, se confirmará la decisión de primera instancia.

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.

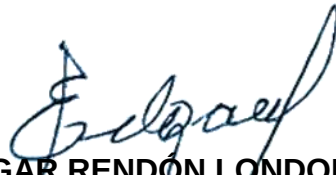
En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la decisión de primera instancia, proferida por el Juzgado Octavo laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte 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 \$290.000.



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	11001310500920210016001
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	FANNY GONZÁLEZ LEÓN
DEMANDADO	- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES - ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A. - COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS

En Bogotá D. C. a los treinta y un (31) días del mes de agosto 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 **FANNY GONZÁLEZ LEÓN** que se **declare** la nulidad o ineficacia del traslado de régimen de prima media con prestación definida (en adelante RPM) al de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS) realizado a Colmena S.A.- hoy Protección S.A., por el incumplimiento del deber de información, así como del traslado horizontal posterior que efectuó a Colfondos S.A. y que se **declare** que siempre ha estado afiliada al RPM administrado por Colpensiones, sin solución de continuidad. Como consecuencia de lo anterior, pretende que se **condene** a Colfondos S.A. a trasladar a Colpensiones los aportes pensionales, rentabilidad obtenida e intereses; que se **condene** a Colpensiones a aceptar dichos aportes y a registrarla como afiliada; 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 (fº 95- 122 archivo 01, carpeta 1ª inst. exp. digital) señaló en síntesis, que nació el 23 de febrero de 1959; que al inicio de su vida laboral estuvo afiliada al RPM con el ISS hoy Colpensiones desde

el 21 de julio de 1981, hasta el 21 de abril de 1995, acumulando 31,43 semanas; que estuvo vinculada laboralmente con la personería municipal de Pandi Cundinamarca desde el 13 de enero de 1989, hasta el 31 de agosto de 1990; que en el año 1995, los asesores de la AFP Colmena visitaron su lugar de trabajo, promocionaron la afiliación al RAIS sin realizar una asesoría precisa y clara sobre las implicaciones del cambio de régimen, los beneficios y desventajas de tal acto, por el contrario, le indicaron que el ISS iba a liquidarse y que sus aportes podrían perderse; que con ocasión de esa información parcializada diligenció formulario de afiliación tal AFP el 21 de abril de 1995, vinculación que se hizo efectiva el 01 de mayo del mismo año.

Refirió que, el 27 de mayo de 2010, realizó un traslado horizontal a la AFP Colfondos S.A., el cual se hizo efectivo el 01 de julio de 2010, sin recibir una asesoría profesional, completa, clara, suficiente y oportuna que le permitiera conocer las características, condiciones y riesgos reales de continuar en el RAIS; que de pensionarse con Colfondos S.A. su mesada pensional ascendería a un SMLMV, mientras que de retornar al RPM sería de \$5.349.203; que en las AFPs existía una inconsistencia sobre las semanas por ella cotizadas, pues Colfondos S.A. aún no había incluido los períodos de cotización realizados ante Colmena hoy Protección S.A., con ocasión de lo cual ha presentado múltiples solicitudes encaminadas a que ambas entidades consoliden su historia laboral; que el día 26 de diciembre de 2014, solicitó ante Colfondos el retorno al RPM, petición que fue contestada de manera negativa.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (f°3-39 archivo 15 carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que la actora nació el 23 de febrero de 1959; que se afilió al ISS desde el 21 de julio de 1981, hasta el 25 de abril de 1991; que laboró con el municipio de Pandi, Cundinamarca entre el 13 de enero de 1989, y agosto de 1990; que la demandante diligenció formulario de afiliación con Colmena hoy Protección S.A. el 21 de abril de 1995; que el 27 de mayo de 2010, diligenció formulario solicitando la afiliación a Colfondos S.A.; que la actora ha presentado múltiples solicitudes encaminadas a que Colfondos y Protección consoliden su historia laboral. Respecto de los demás hechos, indicó que no eran ciertos o que no le constaban.

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, buena fe de Colpensiones, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, imposibilidad de declarar la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen y la innominada o genérica.

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A.** contestó (f.º3 a 18 archivo 11 carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que la actora nació el 23 de febrero de 1959; que Colmena S.A. fue fusionada con Protección S.A.; que el día 21 de abril de 1995, la demandante diligenció formulario de afiliación para trasladarse al RAIS con Colmena hoy Protección S.A.; que la actora presentó ante esta AFP solicitud de información respecto de sus aportes y situación pensional, la cual fue contestada. Respecto de los demás hechos indicó que no le constaban o que no eran 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 y del Sistema General de Pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y la innominada o genérica.

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS contestó (f.º3 a 26 archivo 08 carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que la actora nació el 23 de febrero de 1959; que el 13 de noviembre de 2014, la demandante presentó solicitud de traslado al RPM con Colpensiones, la cual fue contestada de forma negativa; que el 04 de diciembre de 2020, radicó ante la AFP solicitud de información de su historia laboral actualizada. Respecto de los demás hechos indicó que no le constaban o que no eran ciertos.

Como excepciones de mérito, propuso las de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias

administrado por Colfondos S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago e inexistencia e imposibilidad de devolver gastos de administración, comisiones y seguros previsionales.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 14 de febrero de 2023 (archivos 23 y 24 carpeta 1ª inst. exp. digital), resolvió:

PRIMERO. DECLARAR la ineficacia del traslado que realizó la demandante, Fanny González León, entre el RPM al RAIS administrado por Colmena hoy Protección S.A., el 21 de abril de 1995.

SEGUNDO. CONDENAR a Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones los valores generados por concepto de aportes, frutos, rendimientos financieros y bonos pensionales que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la señora Fanny González León, sin descontar valor alguno por cuotas de administración y comisiones, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

TERCERO. CONDENAR a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones los valores correspondientes a cuotas de administración y comisiones que se dedujeron de la cuenta de ahorro individual de la demandante Fanny González León, durante la vigencia de su afiliación a ese fondo de pensiones, por lo considerado.

CUARTO. CONDENAR a COLPENSIONES a recibir de Colfondos y Protección, todos los valores que le fueren trasladados, y abonarlos en el fondo común que administra, convalidando en la historia laboral de la demandante las correspondientes semanas

QUINTO. DECLARAR no probadas las excepciones formuladas por las demandadas.

SEXTO. COSTAS. Lo serán a cargo de Protección S.A. Tásense por Secretaría. Fíjense como agencias en derecho la suma correspondiente a un (1) SMLMV de conformidad con lo indicado en la parte motiva.

Como **fundamento de su decisión** señaló que el liberal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, estableció que la selección de cualquiera de los regímenes sería libre y voluntaria por parte del afiliado; que a su vez el artículo 271 de la misma norma, disponía que si cualquier persona natural o jurídica impedía o atentaba contra el derecho del trabajador de seleccionar libremente su régimen pensional, la afiliación quedaría sin efecto; que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral ha determinado que el deber de información a cargo de las AFP era exigible desde su creación, pese a que con el paso del tiempo ese deber se hizo cada vez más exigente, por lo que identificó tres periodos conforme a las normas que han regulado el tema, así: *i)* el de 1993 hasta el 2009, *ii)* del 2009 al 2014, y *iii)* el último del 2014, en adelante.

Enfatizó que, en sentencia SL2209-2021, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, respecto de la primera etapa precisó que la expresión libre y voluntaria del artículo 13 de la Ley 1993, presuponía conocimiento por parte del afiliado, lo cual solo se podía alcanzar cuando éste sabía a planitud las consecuencias del traslado, por lo que no podía considerarse que existía una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocían la incidencia que podía tener tal acto en sus derechos prestacionales, ni podía estimarse satisfecha la obligación de informar debidamente, con una simple expresión genérica contenida en un formulario de afiliación, de allí que desde el inicio correspondiera a las AFP informar clara y suficientemente los efectos que acarrearía el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese traslado.

Arguyó que, en armonía con lo previsto en el Decreto 663 de 1993, aplicable a las AFP desde su creación, estas entidades tenían el deber de suministrarle a los usuarios información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realizaban, de suerte que les permitiera a aquellos a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado. Adujo que la información necesaria correspondía a una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales de modo que el afiliado pudiese conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, por lo que requería una comparación entre las características, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes vigentes.

Respecto de la carga de la prueba, sostuvo que estaba en cabeza de los fondos de pensiones, conforme lo dispuesto por la Corte Suprema de Justicia y por el artículo 1604 del Código Civil, por cuanto la demostración de la diligencia o cuidado incumbía al que ha debido emplearlo, es decir, a quien ofrecía el servicio, pues este era el experto en la materia y que de acuerdo con el artículo 167 del CGP, las negaciones indefinidas contenidas en el escrito de demanda asociadas al incumplimiento al deber de información no requerían prueba, correspondiéndole probar el hecho positivo a la parte contraria, esto es, a las AFPs.

Manifestó que, los traslados entre administradoras pertenecientes al RAIS no saneaban las deficiencias subsistentes en cuanto al incumplimiento del deber de información, conforme lo había previsto la Corte de cierre en la Sentencia SL 1688-2019, como quiera que lo que generaba la ineficacia de la afiliación era el proceder irregular de la administradora en el traslado primigenio.

Indicó que, en el caso en concreto la demandante acreditó que en principio se encontraba afiliada al ISS; que efectuó cotizaciones correspondientes a 82,86 semanas, que el 22 de abril de 1995, realizó un traslado al RAIS con Colmena hoy Protección S.A. y que posteriormente hizo un traslado horizontal a Colfondos el 24 de mayo de 2010, con ocasión de lo cual determinó que las únicas pruebas aportadas relacionadas con los traslados correspondían a formularios de afiliación, los cuales no permitían establecer que Protección S.A. o Colfondos al momento del tránsito al RAIS y del traslado horizontal, respectivamente, le hubiesen indicado a la actora las características ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado; bajo tales argumentos determinó que debía declararse ineficaz el traslado de régimen pensional al RAIS con Protección y el traslado horizontal que posteriormente se efectuó con Colfondos.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES presentó recurso de apelación, solicitando que se revocara integralmente la sentencia. Para tal efecto refirió que no se logró demostrar que la afiliación al RAIS adoleciera de algún vicio en el consentimiento; que el a quo no tuvo en cuenta que de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional plasmada en la sentencia C-1024 de 2004, cuando una persona se trasladaba de régimen ad portas de cumplir los requisitos de pensión se generaba una afectación en los principios de sostenibilidad financiera y solidaridad.

Refirió que, la actora no tuvo mayor interés en obtener información acerca de su futuro pensional y que tampoco se acercó a Colpensiones para revisar cuál era el régimen que más le convenía, por lo que no era dable que esta entidad asumiera las consecuencias de tal proceder negligente, aunque, en todo caso, lo cierto era que el derecho de información de la demandante estuvo adecuadamente garantizado por el fondo privado; que la actora estaba inmersa en la prohibición legal de la Ley 797 de 2003; que la Jueza no analizó el caso con base en las normas vigentes para la fecha del traslado y pretendió exigir el cumplimiento de un deber que no estaba vigente para tal data, pues para ese momento era suficiente el diligenciamiento del formulario de afiliación para tener como válido el traslado.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación presentado por Colpensiones, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta entidad 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 Colmena hoy Protección S.A. es ineficaz por falta de información, así como el traslado horizontal posterior efectuado a Colfondos S.A. y si, como consecuencia de ello, hay lugar a ordenar a las AFPs 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 **Fanny González León** nació el día 23 de febrero de 1959 (f° 57, archivo 08 de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); **ii)** que cotizó al RPM con la Caja Previsional Social del municipio de Pandi desde el 13 de enero de 1989, hasta el 31 de agosto de 1990 (f°36 archivo 04 de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); **iii)** que cotizó al RPM con el ISS desde el 25 de abril de 1991, al 30 de enero de 1992, acumulando un total de 82,86 semanas (f°61 archivo 08 de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); **iv)** que el 21 de abril de 1995, a través de formulario de afiliación solicitó ante Colmena– hoy Protección S.A. el traslado al RAIS, el cual se hizo efectivo a partir del **21 de abril de 1995** (f° 67 archivo 13 de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); y **v)** que el 24 de mayo de 2010, a través de formulario de afiliación efectuó un traslado horizontal a Colfondos S.A., el cual se hizo efectivo a partir del **01 de julio de 2010** (f° 171 archivo 12 de la carpeta 1ª inst. exp. Digital), administradora a la que continúa afiliada.

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 disfavor 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 **-21 de abril de 1995 -**, la obligación de la AFP Colmena - hoy Protección 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 Colmena - hoy Protección 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 obran formularios de solicitud de afiliación a Colmena - hoy Protección S.A. y a Colfondos S.A., de ellos 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 dichas AFPs cumplieron 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 Protección 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 fondos de pensiones de informar de forma 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 parágrafo 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.»*

Adicionalmente, con relación al reparo efectuado por Colpensiones según el cual el A quo desconoció el pronunciamiento de la Corte Constitucional en sentencia C-1024/2004, es preciso aclarar que el supuesto fáctico contenido en esta providencia no es análogo al caso que nos ocupa, pues en ella se analiza la constitucionalidad de los límites temporales previstos en los artículos 2, 3 y 9 de la Ley 797 de 2003 para efectuar un cambio de régimen pensional, sin que el debate se centrara en la información suministrada por las AFP ni mucho menos en la existencia de una ineficacia al efectuar el cambio de régimen, por lo que no es de recibo tal argumento.

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.** (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.

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 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 avizora que 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 segundo de la sentencia de primer grado, en el sentido de CONDENAR a la AFP Colfondos 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.

De igual forma, se deberá adicionar el numeral tercero a efectos de ordenar a Protección S.A. 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 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).

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

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 SEGUNDO de la sentencia proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en el sentido de **CONDENAR** a **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** 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 Noveno Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en el sentido de **ORDENAR** a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN 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 la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES 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, 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	11001310501020190043202
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	ADONILSON PUELLO HERNÁNDEZ
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 días (31) días del mes de agosto 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 **ADONILSON PUELLO HERNÁNDEZ** se **declare** la ineficacia y/o nulidad de su traslado del régimen de prima media con prestación definida (en adelante RPM) al de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS) efectuado con Porvenir S.A., por el incumplimiento al deber de información y que se declare que se encuentra válidamente afiliado a Colpensiones. Como consecuencia de lo anterior, pretende que se **condene** a Porvenir S.A. devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de su afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus rendimientos e intereses; que se **ordene** al fondo público a activar su afiliación y a recibir todos los dineros provenientes de la AFP; 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° 70 a 81 archivo 01, carpeta 1ª inst. exp. digital), señaló, en síntesis, que nació el 13 de agosto de 1957; que inició sus aportes al Sistema de Seguridad Social en pensiones desde el 02 de mayo de 1990, donde acumuló un total de 233.71 semanas; que posteriormente el 05 de julio de 1996, se trasladó al RAIS con la AFP Porvenir S.A. a través del diligenciamiento de un formulario de afiliación, donde continuaba cotizando a la fecha de la presentación de la demanda; que al momento del traslado de régimen el asesor de la AFP le indicó que sus aportes en el ISS estaban en peligro debido a que esa entidad iba a desaparecer y que en general, no efectuó una asesoría profesional, completa, clara, suficiente y oportuna que le permitiera conocer las características, condiciones y riesgos reales de trasladarse al RAIS.

Manifestó que, de conformidad con proyección pensional efectuada por Porvenir S.A. en julio de 2018, su mesada pensional ascendería a \$1.146.700, pese a que su ingreso base de cotización era de \$6.097.736; que de haber permanecido en el RPM su mesada sería de \$3.769.517. Finalmente, adujo que los días 21 y 26 de febrero de 2019, radicó ante Colpensiones y Porvenir S.A., respectivamente, solicitudes encaminadas a que se anulara su vinculación al RAIS y se le trasladara al RPM.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (f°98 - 105 archivo 01 carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que el actor nació el 13 de agosto de 1957; que inició sus aportes al Sistema General de Seguridad Social el 02 de mayo de 1990, con el ISS – hoy Colpensiones; que el 05 de julio de 1996, el demandante se afilió al RAIS con Porvenir S.A., que actualmente sus aportes continúan siendo administrados por ese fondo privado y que el día 21 de febrero de 2019, radicó ante Colpensiones solicitud encaminada a que se le afiliara al RPM, la cual fue contestada de manera negativa por esta entidad. Respecto de los demás hechos indicó que no le constaban.

Como excepciones de mérito propuso las de prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe y la innominada o genérica.

El a quo en auto del 24 de marzo de 2022, dispuso tener por no contestada la demanda por parte de la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE**

PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Esta decisión fue objeto de recurso de apelación por parte de la AFP y la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito de Bogotá, en auto del 29 de agosto de 2022, confirmó la determinación del Juez de conocimiento.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 10 de marzo de 2023 (archivos 37 – 38 carpeta 1ª inst. exp. digital), resolvió:

PRIMERO: Declarar la ineficacia de la afiliación del demandante señor ADONILSON PUELLO HERNÁNDEZ a sociedad ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., mediante la suscripción de afiliación realizada el 05/07/1996, en consecuencia, se declara ineficaz el traslado del RPM al RAIS, se ordena el regreso automático sin solución de continuidad al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES conforme a lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: CONDENAR a COLPENSIONES recibir y restablecer afiliación del demandante señor ADONILSON PUELLO HERNÁNDEZ 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 PORVENIR 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 ADONILSON PUELLO HERNÁNDEZ, 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 con cargo a sus propias utilidades, y debidamente indexados y los porcentajes destinados a la garantía de pensión mínima, 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 PORVENIR S.A. por cotizaciones, rendimientos interese, bonos, 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 ADONILSON PUELLO HERNÁNDEZ para efectos pensionales de Colpensiones las semanas cotizadas durante su vinculación al RAIS, y una vez ingresen estas sumas de dinero provenientes de las AFP PORVENIR S.A.; así mismo 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 Colpensiones las accionadas, conforme a lo expuesto.

SEXTO: CONDENAR en costas de esta instancia a AFP PORVENIR 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 PORVENIR 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 las AFP tenían la doble connotación de entidades de seguridad social y del sistema financiero, por lo que, con anterioridad de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, tenían el deber de suministrar a los usuarios la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realizaran, a efectos de garantizar que estos contaran con elementos de juicio claros y objetivos para escoger, de las opciones del mercado, la que más se ajustara a sus intereses. Resaltó que la Sala de Casación Laboal de la Corte Suprema de Justicia ha determinado que el deber de información correspondía a una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiese conocer cómo funcionaba cada uno; que por lo tanto, se exigía de las AFPs hacer un paralelo entre las características, ventajas y desventajas de pertenecer a cada régimen, así como de las consecuencias jurídicas que acarrearía el traslado pensional.

Dijo que, de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, en los casos en los que se analizaba la eficacia de un traslado, se producía una inversión de la carga de la prueba, lo que implicaba que a AFP les correspondía demostrar que se cumplió con el mentado deber de información, lo cual no se satisfacía con la simple firma de un formulario de afiliación, ni con las eventuales reasesorías posteriores que se hubiesen efectuado, ni con los traslados horizontales, toda vez que, la información debía haberse suministrado de manera oportuna, es decir, al momento del traslado. Indicó que, la Corte ha conceptuado que la ineficacia tenía un carácter *ex tunc*, por lo que la AFP a la que estuviera vinculado el afiliado, le correspondía efectuar la devolución de todos los aportes, las deducciones, incluidos los gastos de administración.

Adujo que, en el caso que nos ocupa, de la prueba documental obrante en el expediente se hallaba que el demandante nació el 13 de agosto de 1957; que inició sus aportes a pensión en el RPM cotizando con el ISS el día 02 de mayo de 1990; que se afilió al RAIS el 05 de julio de 1996 con Porvenir S.A. y que el 21 de febrero de 2019, solicitó a Colpensiones que procediera con la activación de la afiliación del demandante.

Manifestó que, respecto de la afiliación del actor al RAIS solo obraba un formulario que contenía afirmaciones preimpresas de las cuales no se podía deducir que se había dado al demandante una asesoría adecuada en los términos previstos

por la Corte Suprema de Justicia en las providencias precitadas, máxime cuando esta misma Corporación había preceptuado que en los casos de ineficacia del traslado de régimen, el formulario de afiliación no era una prueba suficiente para acreditar el cumplimiento al deber de información.

Manifestó que, del interrogatorio de parte rendido por el demandante no lograba extraer que confesión alguna, como quiera que éste refirió que el asesor de la AFP se limitó a indicarle que el ISS iba a desaparecer y que sus aportes podrían perderse, de lo que se desprende que la información entregada al afiliado fue insuficiente. Con base en lo expuesto, determinó que, en este caso Porvenir S.A. no logró demostrar el cumplimiento del deber de información, por lo que lo procedente era declarar la ineficacia de la afiliación y ordenar la devolución de todos los recursos de la cuenta de ahorro individual del demandante, junto con las deducciones.

Finalmente, respecto de la prescripción alegada indicó que no era procedente en estos casos como quiera que lo debatido tenía íntima relación con el derecho fundamental a la seguridad social y al derecho pensional, los que tenían un carácter de imprescriptibles.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES presentó recurso de apelación, solicitando que se revocara la decisión en su integridad. Para tal efecto, argumentó que el traslado efectuado por el actor tenía plena validez, por cuando no se demostraron la existencia de vicios en el consentimiento y que, por el contrario, obraban medios de prueba suficientes para concluir que el traslado había sido libre y voluntario, como lo era la suscripción sin reparo alguno del formulario de afiliación y la larga permanencia en el RAIS. Adujo que no obraba prueba de que el demandante al momento del traslado hubiese sido víctima de error, fuerza o dolo, máxime si se tenía en cuenta que era una persona que gozaba de toda la capacidad legal.

Señaló que, el artículo 83 de la Constitución indicaba que se presumía la buena fe en las actuaciones desplegadas por los particulares por lo que al demandante le correspondía desvirtuar tal presunción, cuestión que en este caso no adelantó. Finalmente, refirió que el a quo desconoció la prohibición establecida en la Ley 797 de 2003, respecto del límite temporal para trasladarse y que no debió imponer condena en costas a la entidad como quiera que actuó de buena fe.

PORVENIR S.A. presentó apelación parcial contra la decisión de ordenar la indexación de los valores a reintegrar. Para tal efecto, argumentó que de acuerdo con lo mencionado en la sentencia C-00161 del 13 de mayo de 2010, la actualización monetaria estaba encaminada a mantener el valor adquisitivo de la moneda oficial, lo cual fue reiterado en la sentencia SL9316 de 2016, de ahí que al ser claro que la AFP garantizó una rentabilidad mínima al demandante, se debía concluir que los recursos no se habían visto afectados por la inflación y que, por el contrario, se ha generaron rendimientos que superaron tal depreciación.

Dijo que, la condena de los intereses era excluyente con la de la indexación, asuntos que habían sido ratificados por el Tribunal Superior del Distrito de Cundinamarca y de Cali y, además, que sin perjuicio de ello, lo cierto era que debía operar la figura de las restituciones recíprocas entre los rendimientos generados y la pérdida del valor adquisitivo de la moneda.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver los recursos de apelación presentados por Porvenir 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 el demandante a través de la AFP Porvenir 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 **ADONILSON PUELLO HERNÁNDEZ** nació el 13 de agosto de 1957 (f° 04- archivo 01 de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); **ii)** que cotizó al ISS entre el 02 de mayo de 1990, y el 31 de julio de 1996, acumulando un total de 233,71 semanas (f°26 archivo 01 de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); **iii)** que 05 de julio de 1996, solicitó el traslado al RAIS mediante la suscripción de un formulario de vinculación con

Porvenir S.A., el cual se hizo efectivo a partir del **01 de septiembre de 1996** (f°82 archivo 13, de la carpeta 1ª inst. exp. Digital), administradora a la que continúa afiliado.

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 que el actor se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad **–01 de septiembre 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).

En este sentido, aun cuando en el expediente obra el formulario de solicitud de afiliación de la AFP Porvenir, 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-impressa 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; tampoco puede pensarse que, por haberse generado rendimientos en la cuenta de ahorro individual del actor no hay lugar a ordenar la indexación, puesto que estos no compensan la devaluación, por lo que se despachará desfavorablemente el recurso que al respecto formuló Porvenir. 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, de modo que se despachara desfavorablemente el reparo efectuado por Porvenir en ese sentido.

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 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 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

Se condenará en costas y agencias en derecho de segunda instancia a Colpensiones y a Porvenir S.A. por no haber prosperado los recursos formulados por estas en contra de la sentencia de primera instancia.

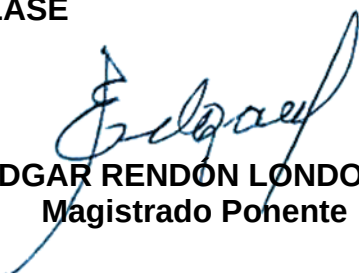
En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

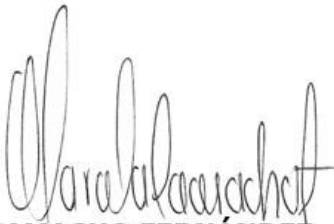
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá el 10 de marzo de 2023.

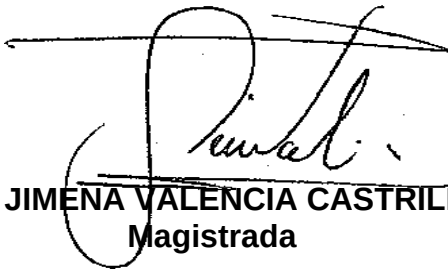
SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** y de la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

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 de Porvenir S.A., 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	110013105010202000332-01
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	NANCY TORRES DÍAZ
DEMANDADO	- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES - ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. - ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. - MARÍA TERESA MOLANO DE OCAMPO.

En Bogotá D. C. a los treinta y uno (31) días del mes de agosto 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 **NANCY TORRES DÍAZ** se condene a **MARÍA TERESA MOLANO DE OCAMPO** a pagar en su favor, los aportes al subsistema de seguridad social en pensiones con destino a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, de los siguientes periodos adeudados: **i)** del 1º de febrero de 1985 al 30 de noviembre de 1985; **ii)** del 1º de febrero de 1986 al 30 de noviembre de 1986; **iii)** del 2º de febrero de 1987 al 30 de noviembre de 1987; **iv)** del 1º de febrero de 1988 al 30 de noviembre de 1988; **v)** del 4º de febrero de 1989 al 30 de noviembre de 1989; **vi)** del 7º de febrero de 1990 al 30 de noviembre de 1990; **vii)** del 1º de febrero de 1991 al 30 de noviembre de 1991; **viii)** del 1º de febrero de 1992 al 30 de noviembre de 1992 e intereses moratorios sobre los mencionados aportes y con destino a Colpensiones, debiendo está ultima realizar las gestiones de cobro. Frente a esta

pretensión la parte demandante y su apoderado **presentaron desistimiento** frente a las pretensiones incoadas en contra de María Teresa Molano de Ocampo, desistimiento aceptado por la juzgadora de primer grado, y quien dio por terminado el proceso en contra de esa parte. (récord audio min. 46:06 a 50:00 archivo 36, carpeta 1ª inst. exp. digital).

De otro lado, pretende la demandante 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 en mayo de 1996, y el traslado horizontal realizado en La Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Colmena hoy Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., efectuado en el año 2000, en consecuencia; se le **condene** a estas a trasladar a Colpensiones el capital acumulado, como cotizaciones, bonos pensionales y rendimientos financieros con el fin de financiar la pensión de vejez de la demandante en el RPM; que se **ordene** a Colpensiones tenerla como afiliada del RPM; que se **condene** a Colpensiones al reconocimiento y pago de la pensión de vejez junto con las mesadas adicionales de diciembre de cada año, intereses moratorios, indexación y a las costas y agencias en derecho.

Como hechos fundamento de las pretensiones (archivo 01, carpeta 1ª inst. exp. digital), señaló en síntesis, que nació el 29 de julio de 1962; que estuvo afiliada al RPM desde el 13 de febrero de 1995, donde acumuló 278,86 semanas; que el 20 de marzo de 1996, se trasladó del RPM al RAIS a través de la AFP Porvenir S.A.; que el 21 de marzo del 2000, realizó un traslado horizontal a la AFP Colmena hoy AFP Protección S.A. resultado de la fusión y absorción de sociedades; que la demandante ha cotizado 1.105,72 semanas en el RAIS; que al momento de la suscripción del primer formulario de traslado con la AFP Porvenir no le informaron el derecho de retracto previsto en el artículo 3° del Decreto 1161 de 1994; que ninguna de las AFP le explicaron las consecuencias jurídicas del traslado de régimen relacionadas con el valor de la mesada pensional, características, condiciones, acceso, servicios, efectos, riesgos, ventajas y desventajas de cada régimen y la eventual pérdida de beneficios pensionales, información necesaria para tomar una decisión informada.

Narró que, el 21 de agosto de 2019, radicó ante la AFP Protección S.A. solicitud para la ineficacia de su traslado o afiliación, entidad que resolvió negativamente la petición el día 6 de septiembre de 2019, asimismo, radicó ante Colpensiones reclamación administrativa con las mismas peticiones de la demanda en curso el día 21 de agosto de 2019, con respuesta desfavorable; por último elevó petición similar

ante la AFP Porvenir S.A. entidad que despachó respuesta desfavorable fechada el 16 de julio de 2020, negando además aportes a favor de la demandante en dicha AFP; y que la AFP Protección S.A. le realizó una estimación pensional arrojó una mesada pensional del salario mínimo mensual legal vigente para el año 2020, mesada que estima la actora sería superior en Colpensiones.

Indicó que, laboró para la señora María Teresa Molano de Ocampo en el establecimiento Instituto Educativo de Zipaquirá en el lapso comprendido entre el 1 de febrero de 1985 hasta el 30 de noviembre de 1992; que la empleadora propietaria del establecimiento educativo no realizó el pago de los aportes al subsistema de seguridad social en pensiones al ISS hoy Colpensiones en los ocho (8) contratos celebrados en el mencionado periodo, y que Colpensiones no realizó las gestiones cobro para obtener el pago de las cotizaciones adeudadas.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (archivo 20 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 afilió al ISS y las solicitudes de ineficacia del traslado realizadas ante las AFP conforme a las documentales allegadas al proceso; frente a los demás, indicó que no le constaban por corresponder a un tercero. 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 y declaratoria de otras excepciones.

La **AFP PORVENIR S.A.**, contestó (archivo 07 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, la fecha de vinculación con esa AFP y el derecho de petición radicado y aclaró que la demandante cotizó 21 semanas con esta; frente a los demás, indicó que no le constaban por corresponder a un tercero o que no eran ciertos. Indicó que, le entregó a la actora la información completa y suficiente acerca de las características y beneficios que componían el RAIS para que tomara una decisión libre y voluntaria acerca del fondo que más se adaptara a sus intereses, no obstante lo anterior, aseveró que sólo fue hasta la expedición del Decreto 2071 de 2015, que modificó el artículo 2.6.10.2.3 del Decreto 2555 de 2010, y la Ley 1748 de 2015; que las AFP adquirieron la obligación de asesoría e información para sus afiliados. En este sentido, estimó que no puede serle exigido obligaciones inexistentes

para la fecha señalada tales como asesoría sobre las condiciones, características, ventajas y desventajas del RAIS, afirmó entonces que la AFP Porvenir S.A. cumplió con el deber de información que le era oponible para la fecha en que se realizó la solicitud de traslado de régimen.

Agregó que, por tratarse de un sistema público y obligatorio, las condiciones de afiliación, traslado, cotización y reconocimiento de prestaciones tanto en el RPM como en el RAIS se encuentran definidas y establecidas en su totalidad por la ley, sin que le esté dado a las partes pactar condiciones diferentes.

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.

La **AFP PROTECCIÓN S.A.**, contestó (archivo 07 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, la fecha de vinculación con esa AFP, y el derecho de petición radicado; frente a los demás, indicó que no le constaban por corresponder a un tercero o que no eran ciertos. Aclaró que, el acto existente es válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza teniendo en cuenta que el formulario de vinculación que suscribió la actora se realizó en forma libre y espontánea, sin que pudiera viciar el consentimiento en los términos del artículo 11 del Decreto 692 de 1994, y respetando el derecho a la libre elección de régimen consagrado en los artículos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993. Indicó que, no es procedente la pretensión de ineficacia y/o nulidad del traslado, pues el acto jurídico celebrado entre la actora y la AFP Protección S.A. cumplió con todos los requisitos de existencia y validez y por lo tanto produce todos los efectos jurídicos derivados de este, adicionó que la fórmula de liquidación de la pensión de vejez en el RAIS, está legalmente establecida en los artículos 64, 80, y 81 de la Ley 100 de 1993.

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 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, validez y eficacia del traslado entre administradoras de fondos de pensiones del RAIS y la innominada o Genérica.

La demandada señora María Teresa Molano de Ocampo contestó la demanda a través de curador ad litem (archivo 22 carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda y frente a los hechos indicó que no le constaba ninguno, por tratarse de afirmación sobre un tercero, por lo que no podía afirmar ni negar lo expuso.

Formuló como excepciones las de inexistencia de una relación laboral entre la demandante y la señora María Teresa Molano de Ocampo y falta de legitimación en la causa por pasiva.

En audiencia celebrada el 27 de febrero de 2023, al momento de la fijación del litigio la parte demandante y su apoderado presentaron **desistimiento** frente a las pretensiones incoadas en contra de María Teresa Molano de Ocampo, desistimiento aceptado por la juzgadora de primer grado, quien dio por terminado el proceso en contra de esa parte. (récord audio min. 46:06 a 50:00 archivo 36, carpeta 1ª inst. exp. digital).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 27 de febrero de 2023 (archivo 37 carpeta 1ª inst, exp. Digital), resolvió:

PRIMERO: Declarar la ineficacia de la vinculación de la demandante señora NANCY TORRES DÍAZ a ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., mediante la suscripción de afiliación realizada el 20/03/1996 y las subsiguientes afiliaciones realizadas a Colmena ING hoy AFP PROTECCION S.A. 21/03/2000, en consecuencia, se declara ineficaz el traslado del RPM al RAIS, por haber incurrido al deber de información de manera completa, cierta, veraz y oportuna sobre las consecuencias del traslado de régimen pensional y se ordena el regreso automático sin solución de continuidad al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES conforme a lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: CONDENAR a COLPENSIONES recibir y restablecer afiliación de la demandante señora NANCY TORRES DÍAZ 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 la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. hacer la devolución al régimen de prima media administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, de todas las sumas y valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora NANCY TORRES DÍAZ, correspondientes a 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 de los gastos de administración, primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y la devolución de los porcentajes destinados a la garantía de pensión mínima, que le hubieren descontado durante su vinculación a la AFP Protección SA a la demandante con cargo a sus propios utilidades y todas las sumas deben ser devueltas debidamente indexadas y deberá acompañar la devolución con destino a COLPENSIONES de los documentos correspondientes que den cuenta de lo recibido con la AFP Protección por cotizaciones, rendimientos, intereses, bonos pensionales si lo hubiere, que den cuenta de los ciclos cotizados y los IBC de cotización y también de igual manera de la información correspondiente a los gastos de administración, primas de seguros previsionales y porcentajes para garantía de pensión mínima, descontados a la actora durante su afiliación 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 ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. a realizar la devolución a COLPENSIONES de las sumas descontadas a la actora señora NANCY TORRES DÍAZ durante la vinculación a esta administradora por concepto de gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia con cargo a sus utilidades y debidamente indexados y la devolución de los porcentajes descontados para garantía de pensión mínima, esta devolución la debe de hacer en el término de 15 días siguientes a la ejecutoria de la presente providencia, con los documentos necesarios para establecer por parte de COLPENSIONES cuales fueron los valores descontados por estos conceptos a la demandante y que efectivamente se haga la devolución en los términos de esta sentencia de conformidad parte motiva.

QUINTO: 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 de la demandante NANCY TORRES DIAZ 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., PROTECCIÓN 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.

SEXTO: CONDENAR a ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLPENSIONES teniendo en cuenta que la demandante cumple con los requisitos para adquirir el derecho a la pensión de conformidad al artículo 9 Ley 797 de 2003, a reconocer y pagar pensión de vejez a la señora NANCY TORRES DÍAZ desde el día siguiente a su desvinculación del sistema de pensiones y deberá establecer el IBL dando aplicación al artículo 21 ley 100/93 calculando el IBL de la pensión, teniendo en cuenta el promedio de los salarios cotizados durante los últimos 10 años anteriores al reconocimiento de su pensión o también calculando el IBL de toda la vida laboral teniendo en cuenta que ha cotizado más de 1250 semanas y dando aplicación al IBL más favorable a la demandante y reconocer la pensión en 13 mesadas pensionales aplicando artículo 34 ley 100/93 para establecer la tasa de reemplazo sobre el IBL y se autoriza el descuento por parte de Colpensiones de los aportes a salud y se ordena en caso de existir retroactivo desde el momento del retiro y el momento de inclusión en nómina, de conformidad a la parte motiva.

SEPTIMO: DECLARAR no probadas las excepciones planteadas por las accionadas AFP PORVENIR Y AFP PROTECCIÓN, conforme a lo expuesto. Declarar probada a favor de COLPENSIONES a excepción de COBRO DE LO NO DEBIDO con relación a los intereses moratorios señalados por el artículo 141 Ley 100/93 y las demás excepciones se declara no probadas. Absolver al pago de los intereses moratorios señalados por el artículo 141 Ley 100/93, de conformidad a la parte motiva.

OCTAVO: CONDENAR en costas de esta instancia a AFP PORVENIR S.A., AFP PROTECCIÓN S.A., COLPENSIONES y a favor de la demandante. Por secretaría practíquese la liquidación de costas e inclúyase como agencias en derecho a cargo de

AFP PORVENIR S.A. la suma de \$ 1.100.000 y como agencias enderecho a cargo de COLPENSIONES, AFP COLFONDOS S.A. la suma de \$ 300.000 a cada una.

El Juzgado, **basó su decisión fundamentalmente** en que conforme lo señalado en los artículos 13, 21, 33, 34, 36, 114, 141 de la Ley 100 de 1993, decreto 656 de 1994, artículos 14 y 15 del decreto 692 de 1994, numeral 1° del artículo 97 decreto 663 de 1993, decreto 2555 de 2010 modificado por el decreto del 2071 de 2015, Ley 1748 de 2014, Ley 797 de 2003, y las reglas y subreglas que ha establecido la Corte Suprema de Justicia en la línea jurisprudencial en sentencias SL 31989 de 2008, SL 31314 de 2008, SL 33083 de 2011, SL 12136 de 2014, SL 19447 de 2017, SL 4989 de 2018, SL 1452 de 2019, SL 1688 de 2019, SL 1689 de 2019, SL 4360 de 2019, SL 373 de 2021, SL 1055 de 2022 y SL 5686 de 2021, en donde se discute el cumplimiento del deber de información y buen consejo por parte de las administradoras del RAIS que incluye dar a conocer todas las características, ventajas y desventajas que le acarrea al afiliado el traslado de régimen pensional como efectivamente lo ha señalado la Sala de Casación Laboral en la citada jurisprudencia.

Señaló que, el deber de información existe desde el 1° de abril de 1994, con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 en cabeza de las administradoras de fondos de pensiones teniendo en cuenta que el numeral 1°, artículo 97 del Decreto 663 de 1993, Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, el cual impone a las entidades financieras suministrar a los usuarios la información necesaria para que logren transparencia en las operaciones y obtengan las mejores opciones del mercado, en consecuencia la obligación no es nueva y le es aplicable a las administradoras del RAIS quienes tienen el deber de darle a conocer a ese potencial afiliado trabajador las características, condiciones de acceso, consecuencias para su derecho pensional, ventajas y desventajas objetivas de los servicios de cada uno de los regímenes pensionales de tal forma que pudiera conocer cómo opera el servicio público administrado por Colpensiones y como operan los administradoras de fondos privados y en consecuencia de esa información el afiliado pueda hacer un parangón entre el RAIS y el RPDM.

Citó las sentencias con radicación 31989-2008, SL 4964-2018, SL4989-2018, SL142-2019 y ratificadas en sentencia SL 1055-2022, de la Sala de Casación Laboral donde se indica que una de las consecuencias una vez declarada la ineficacia del traslado es la devolución por parte las AFP y con destino a RPMD administrado por Colpensiones de todas y cada una de las sumas que se encuentran en la cuenta individual del afiliado de conformidad de artículos 1747 Código Civil, es decir, los

dineros correspondientes a cotizaciones, bonos pensionales, sí los hubiere, frutos, intereses, rendimientos, la devolución de los gastos de administración y primas de seguros provisionales de invalidez y sobrevivencia y también los porcentajes descontados para garantía de pensión mínima con cargo a sus utilidades, sumas indexadas.

Así las cosas, previa revisión documental por parte de la juzgadora de primer grado, verificó la reclamación administrativa elevada por la parte demandante ante Colpensiones evidenciando el cumplimiento de los requisitos contemplados en el artículo 6° del CPTSS, modificado por el artículo 4° de la Ley 712 de 2001, cuya respuesta fue de carácter negativo. Señaló que, con anterioridad al traslado al RAIS efectuado el 20 de marzo 1996, con la AFP Porvenir S.A. la demandante venía afiliada al Instituto de Seguros Sociales, posteriormente realizó traslado horizontal el 21 marzo del año 2000 con la AFP Colmena hoy AFP Protección S.A., sobre los formularios de afiliación indicó que a pesar de que el documento tiene una declaratoria de voluntad de afiliación de forma libre y espontánea sólo dan indicio de que en algún momento se le debió hablar del bono pensional dado que marcó la casilla de semanas cotizadas al ISS, que laboraba como profesora y que dejó registradas como beneficiarias a sus hijas y del mismo no se produce ninguna otra información adicional. Adicionó que del formulario de afiliación a la AFP Colmena de fecha 21 de marzo del año 2000, obtuvo la misma manifestación en cuanto a la selección del RAIS, que lo efectuó de manera libre y sin presiones, diligenció el nombre de sus hijas como beneficiarias de la pensión, formulario que se diferencia del primero solamente en lo que se refiere a los beneficiarios.

Respecto al interrogatorio de parte destacó que a la demandante no se le informó sobre los elementos financieros de la cuenta individual, la herencia de los aportes existentes en su CAI en caso de fallecimiento, acceso a la pensión de sobrevivientes de sus hijas menores de edad o estudiantes, aportes voluntarios para acrecentar el valor de la pensión, la contratación de pólizas con compañías de seguros para efectos de cubrir los riesgos de invalidez y pensión de sobrevivencia, igualmente no se le informó del bono pensional y que la información entregada se resumió a que las semanas cotizadas al ISS irían a las AFP en un trámite interno, tampoco sobre redención del bono pensional a los 60 años, requisitos y el capital necesario para obtener una pensión equivalente al 110% del salario ingreso base de liquidación.

Dado lo anterior, la sentenciadora procedió a declarar la ineficacia del traslado y en consecuencia la devolución de todas las sumas que existan en la cuenta individual

de la demandante correspondientes a cotizaciones, frutos, intereses, bonos pensionales, gastos administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, porcentajes destinados a la garantía de pensión mínima con cargo a sus propios utilidades por parte de la AFP Protección debidamente indexadas, debiendo esta última entregar a Colpensiones los documentales que permitan establecer la información correspondiente a los ciclos y el IBC cotizado, igualmente la AFP Porvenir deberá entregar la información correspondiente que le permita a Colpensiones conocer cuáles fueron las sumas que se le descontaron a la demandante por los anteriores conceptos.

Respecto a la pensión de vejez, indicó que no era beneficiaria del régimen de transición, pues no cumplía requisitos de edad o semanas cotizadas, razón por la cual el régimen aplicable es el del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, y dado que la demandante sigue aportando al subsistema de seguridad social en pensiones y que acumula un total de 1532.57 semanas de conformidad con la historia laboral con corte a 12 de mayo del año 2022 cumple con requisito mínimo de semanas requerido por la 33 Ley 100 de 1993, esto es, 1300 semanas. Por último, declaró no probadas las propuestas por las administradoras del RAIS, declaró probada la excepción de cobro de lo no debido frente a los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 propuesta por Colpensiones, y no probadas las restantes.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES interpuso recurso de apelación argumentando que la actora no reúne los requisitos legales para regresar a RPMPD administrada por Colpensiones ello por cuanto no está cobijada por el régimen de transición encontrándose inmersa la prohibición establecida en el literal e), artículo 13 de la Ley 797 de 2013; que el traslado del RPMPD al RAIS primigeniamente con la AFP Porvenir S.A. lo realizó de manera libre y voluntaria, de igual forma el traslado horizontal con la AFP Protección S.A. no contiene ninguna prohibición legal que le impidiera cumplir con todos los presupuestos normativos exigidos bajo el imperio de la ley, señaló que el error del derecho no es causal de nulidad de los actos y la voluntad de permanencia en el RAIS se reafirma con el acumulado de semanas cotizadas con posterioridad a su afiliación.

Frente a la carga de la prueba mencionó que en este tipo de proceso los vicios de fuerza y dolo deben ser demostrado por las partes que lo alegan de manera que no puede trasladarse a Colpensiones la carga de demostrar que no actuó con dolo. Adujó que la nulidad alegada en cuanto al consentimiento fue saneada en los términos del

artículo 1752 del Código Civil el cual dispone que la ratificación expresa o tácita puede sanear el vicio del contrato y en el presente asunto la demandante lo ratificó tácitamente al ejecutar de manera voluntaria lo acordado en el traslado de régimen desde el diligenciamiento del formulario hasta la fecha de presentación de la demanda.

La **AFP PORVENIR** sustentó su recurso de apelación contra la decisión de primera instancia, argumentando que, si bien ya existe línea jurisprudencial planteada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia referente a la ineficacia del trasladado por incumplimiento del deber de información, lo cierto es que también ha indicado que esta no se podrá aplicar de manera homogénea en todos los casos, indicó que debe haber una similitud fáctica y de las condiciones propias de cada caso, situación que aduce la apelante no se da en el presente caso dado que el traslado realizado en marzo en el año 1996 en la AFP Porvenir S.A. es completamente válido y que si bien no se desconoce que el deber de información ha existido desde la misma creación de las administradoras de fondos privados con la expedición de la Ley 100 de 1993 el cual ha tenido un desarrollo legal y jurisprudencial progresivo, también es cierto que para el año 1996 no se le podía exigir a las AFP brindar a los potenciales afiliados el deber de información en los términos de la demanda, pues para este momento únicamente era exigido a las AFP la suscripción del formulario de afiliación y la firma de este y de conformidad con el interrogatorio de parte a la demandante quedó claro que ella realizó la firma y el diligenciamiento del formulario de manera libre y voluntaria, también en el interrogatorio de parte la demandante indicó que se le habló de una pensión adecuada y cuando se le pidió ahondar este sentido no tuvo claridad al responder, se refirió también a que todos los asesores encargados de la afiliación a los potenciales afiliados son capacitados, advierte entonces que no se vulneró el derecho a la libre elección que le asistía a la parte demandante en los términos señalados en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, adicionó que en virtud del principio de igualdad dicha obligación también recae sobre los afiliados quienes son los que verdaderamente deben velar por sus propias expectativas laborales y pensionales que en última le permiten a estos acceder a un mejor derecho pensional. Respecto a los gastos de administración durante el tiempo en que la accionante estuvo vinculada a la AFP Porvenir S.A. y que da fe de la diligencia de la administradora pues precisamente se originaron los respectivos rendimientos financieros que fueron trasladados en el año 2000 a la AFP Protección S.A. y que en el momento superaban con creces los aportes pensionales que la demandante realizó del año 1996 al año 2000.

Respecto a la condena de trasladar el porcentaje de los seguros de invalidez y sobrevivencia refirió que debe tenerse en cuenta que estos dineros también fueron

trasladados a las respectivas aseguradoras que en su momento fueron contratadas por la AFP Porvenir S.A. para la cobertura de los eventuales riesgos de invalidez y muerte durante toda su afiliación de la demandante y aunque no fueron usados no implica que la demandante no haya estado cubierta por dichos seguros cumpliendo la finalidad establecida en la Ley 100 de 93 siendo improcedente la devolución de los mencionados rubros de conformidad con lo establecido en el artículo 7° del decreto 3995 de 2008. Por último, solicitó aplicar la figura jurídica de la compensación de los rendimientos financieros y por los frutos intereses por la indexación, para evitar una doble sanción por un mismo concepto.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación presentado por Porvenir y Colpensiones, así como en el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última entidad 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., y posteriormente a otra AFP, es ineficaz por falta de información, y si como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a COLPENSIONES los 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 NANCY TORRES DÍAZ nació el 29 de julio de 1962; **ii)** que se afilió al ISS donde aportó desde el 04 de marzo de 1987, hasta el 30 de noviembre de 1995, un total de 278,86 semanas según historia laboral emitida por Colpensiones actualizada a 11 de mayo de 2022 (f.º 25-30 archivo 20, carpeta 1ª inst. exp. digital); **iii)** que el **20 de marzo de 1996**, suscribió formulario de afiliación con la AFP Porvenir el cual se hizo efectivo a partir del 01 mayo de 1996, al 30 de abril del 2000 (f.º 30-32 archivo 19 carpeta 1ª inst. exp. digital); y **iv)** que el **21 de marzo de 2000**, se vinculó con la AFP Protección el cual se hizo efectivo a partir del 01 mayo de 2000 (f.º 89 archivo 21 carpeta 1ª inst. exp. digital) y allí 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 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 que la accionante se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad **-20 de marzo 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 **20 de marzo de 1996**, 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 a la afiliada 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 de la afiliada, 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 podría sostenerse que al haber realizado la afiliada 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, a la asegurada 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.

Debe hacerse claridad además en que, si bien la actora refirió que su mesada pensional en el RPM hubiese sido más adecuada que la que la obtenida en el RAIS, lo cierto es que, ello de ninguna manera desvirtúa o subsana la omisión de la AFP en su deber de información a la data de su traslado, pues la validez de dicho acto jurídico depende del consentimiento informado, es decir, de que la AFP hubiese atendido estrictamente o no su deber de información según el momento histórico en que debía cumplirse, supuesto en el que resulta inane si la mesada pensional presenta unas presuntas características adecuadas.

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 afiliada, 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, CSJ SL1688-2019, 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 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, respecto de la AFP Protección, se confirmará en este sentido la decisión de primer grado. Con relación a lo ordenado a la AFP Porvenir la sentenciadora de primer grado omitió ordenar en su totalidad la devolución de estos, por tanto, esta Sala de Decisión, dispondrá su devolución a la Administradora de Pensiones Colpensiones, en virtud a que a favor de esta se está surtiendo el grado jurisdiccional de consulta; lo anterior, teniendo en cuenta que se tratan de dineros del sistema de seguridad social en pensiones, y que deben ser devueltos en su integridad a la entidad que nuevamente recibe a la afiliada.

Por lo tanto, se hace necesario modificar y adicionar el numeral cuarto de la sentencia de primer grado, en el sentido de condenar a la AFP Porvenir, a trasladar a COLPENSIONES y esta a su vez a recibir por parte de aquellas, las cotizaciones recibidas en su integridad desde el 1° mayo de 1996 hasta el 30 de abril del 2000, y en adelante, lo que incluye gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima y comisión cesante debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, los bonos pensionales si los hubiere 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 accionante en su cuenta de ahorro individual. 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 (CSJ SL1055-2022). Lo anterior, toda vez que el *a quo* omitió ordenar en su totalidad la devolución de estos, 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.

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 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).

PENSIÓN DE VEJEZ

Pretende la demandante se reconozca su pensión de vejez, para lo que es necesario revisar lo señalado en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el 9º de la Ley 797 de 2003, el cual establece:

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 verificar los requisitos exigidos se tiene que la señora NANCY TORRES DÍAZ, nació el 29 de julio de 1962, concluyendo que llegó a los 57 años de edad esa misma calenda del año 2019, data última para la cual debía acreditar 1.300 semanas para acceder a su derecho pensional, encontrando el despacho que conforme la historia laboral expedida por la AFP Protección el 12 de mayo de 2022 (f.º 45 archivo 21 carpeta 1 ints. exp digital), a esa calenda contaba con 1.532,57 semanas, siendo su último aporte en diciembre de 2021. Por tanto, es claro que la promotora del litigio tiene derecho a que se le reconozca y pague una pensión de vejez conforme a lo establecido en la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 del 2003, tal como lo declaró el juez de instancia.

Ahora, 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; si embargo, en este asunto no se acreditó la novedad de retiro o desafiliación del sistema, por ende, el disfrute efectivo de la prestación se hará a partir de la fecha en que dicho requisito se demuestre.

No obstante, teniendo en cuenta que para la liquidación de la prestación se deben tener en cuenta absolutamente todas las semanas cotizadas y el Ingreso Base de Cotización de toda la vida y/o de los últimos 10 años de aportes, se hace necesario la consolidación de la historia laboral, dado que las cotizaciones de la actora pasaron de administradora en administradora, tampoco se tiene claridad sobre los IBC reportados.

En consecuencia, una vez se consolide la historia laboral, Colpensiones deberá liquidar la pensión de vejez de la señora NANCY TORRES DÍAZ en el porcentaje que le corresponda conforme al artículo 34 de la Ley 100 de 1993 y 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, además 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.

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.

Así, se confirmará la decisión de primera instancia en este asunto también.

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo Colpensiones y la AFP Porvenir, 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,

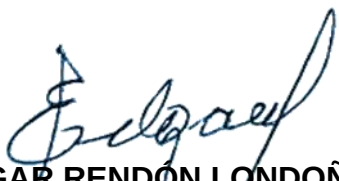
RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR Y MODIFICAR el numeral cuarto de la sentencia proferida por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en el sentido de **ORDENAR** a la **SOCIEDAD AMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A** a trasladar a COLPENSIONES y esta a su vez a recibir por parte de aquella, las cotizaciones recibidas en su integridad desde el 01 mayo de 1996 hasta el 30 de abril del 2000, lo que incluye 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, los bonos pensionales si los hubiere 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 accionante en su cuenta de ahorro individual. 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.

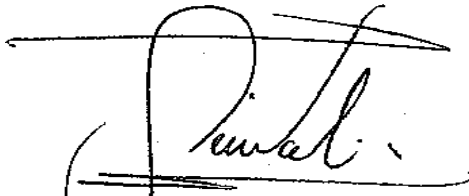
SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de Colpensiones y la AFP Porvenir S.A.

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 y la AFP Porvenir S.A., la suma de \$1.160.000 a 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	110013105016202000048-01
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	HEIGER ARIAS BUSTOS
DEMANDANDO	FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA

En Bogotá D. C. a los treinta y un (31) días del mes de agosto 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 Heiger Arias Bustos se condene a la demandada a reconocerle y pagarle la reliquidación de la primera mesada pensional de la pensión restringida de jubilación que le fue otorgada, sobre el correcto, real y legal promedio mensual el cual fue de \$141.726,69, que corresponde a lo devengado en el último año de servicios, del 30 de diciembre de 1990, al 29 de diciembre de 1991, a partir del 27 de mayo de 2018, con los respectivos reajustes anuales pertinentes; que se condene a la demandada a reconocerle y pagarle el valor de todas y cada una de las diferencias pensionales causadas como consecuencia de la reliquidación, incluyéndose las diferencias de junio y diciembre de cada año; que se condene a lo que resulte probado ultra y extra petita y al pago de costas procesales (f° 52 a 53, exp. Físico).

Como hechos fundamento de las pretensiones (f.º 49 a 52, exp. físico), señaló en síntesis, que el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia asumió por expresa disposición legal, la carga prestacional de la extinta empresa Ferrocarriles Nacionales de Colombia, en virtud del Decreto 1591 de 1989; que laboró en virtud de un contrato laboral como trabajador oficial al servicio del extinto Ferrocarriles Nacionales de Colombia, consolidando un total de 4.203 días, equivalente a 11 años, 8 meses y 3 días, comprendidos entre el 4 de febrero de 1980 al 29 de octubre de 1991.

Narró que, la relación laboral entre las partes terminó debido a la decisión unilateral del empleador, así: «*TERMINACION (sic) DEL CONTRATO DE TRABAJO POR SUPRESION (sic) DEL CARGO CON DERECHO A INDEMNIZACION (sic), ARTICULO (sic) 1º DECRETO LEY 895 DEL 3 DE ABRIL/1991 Y DECRETO 1651 DE JUNIO/1991 Y BOLETIN (sic) DE PERSONAL N° 1340 DE DICIEMBRE 12/1991, CUANDO DESEMPEÑABA EL CARGO DE SOLDADOR III – DEPTO. TALLERES – DIVISION (sic) CENTRAL*»; que es beneficiario de la totalidad de las normas pensionales establecidas en las leyes, normas internas de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia y en especial de los beneficios derivados de su contrato de trabajo.

Relató que, los Ferrocarriles Nacionales de Colombia liquidaba y pagaba las cesantías parciales o definitivas sobre lo devengado en el último año de servicios; que la accionada inicialmente le liquidó y pagó las cesantías definitivas teniendo en cuenta como salario promedio mensual la suma de \$130.154,64, como da cuenta el reconocimiento de prestaciones sociales de febrero 14 de 1992, No. 11125-D y forma P-20 No. 0241 del 12 de enero de 1992. Posteriormente, le fue reliquidada las cesantías definitivas mediante resolución 1470/71 del 8 de abril de 1991, estableciéndose que el último salario promedio devengado en el último año de servicios correspondía a la suma de \$141.726,65.

Adujo que, el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia a través de la resolución No. 2779 del 28 de diciembre de 2018, reconoció y ordenó pagar pensión proporcional de jubilación – pensión sanción de acuerdo a lo contemplado en el artículo 8º de la ley 171 de 1961, con efectividad a partir del 27 de marzo de 2018, por

valor de \$782.777, la cual fue liquidada sobre un salario promedio mensual de \$132.316 y porcentaje del 46.70%. Sostuvo que, al haberse tenido por parte de la accionada el verdadero valor de lo devengado en el último año de servicios de \$147.726,69, su primera mesada pensional debió haber correspondido a la suma de \$838.447,59.

Por último, indicó que reclamó ante la entidad demandada la reliquidación de su mesada pensional con el radicado No. 2019-220-013975-2 de fecha 21 de mayo de 2019, solicitud que fue negada mediante resolución 1873 del 18 de agosto de 2019.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

El **FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONAL DE COLOMBIA**, contestó la demanda (CD. f.º 64, exp. Físico), oponiéndose a las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos aceptó que es la entidad encargada de los asuntos prestacionales de la extinta empresa Ferrocarriles Nacionales de Colombia, el tiempo laborado por el actor para dicha entidad, los hechos relacionados con la liquidación de cesantías y posterior reliquidación, reconocimiento de la pensión de la pensión sanción, reclamación presentada por el actor para la reliquidación de su mesada pensional y negación de lo pretendido. Frente a los demás manifestó ser parcialmente ciertos los hechos 3, 8, 9 y 18, y no ser ciertos los restantes.

En su defensa, propuso como excepciones de fondo, las de inexistencia de las obligaciones reclamadas, buena fe del Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, pago y compensación.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 17 de noviembre de 2021 (fº 84, exp. Físico), resolvió:

PRIMERO: CONDENAR al FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONAL DE COLOMBIA a PAGAR en favor del demandante HEIGER ARIAS BUSTOS, identificado con C.C. No. 3.245.554, PENSIÓN RESTRINGIDA DE JUBILACIÓN, teniendo para ello como cuantía inicial de mesada la suma de Ochocientos Treinta y Cuatro Mil Ciento Setenta y Dos pesos (\$834.171, 00), y por lo tanto le

reconocerá y pagará las diferencias que surgen respecto del monto reconocido por tal concepto en la Resolución No. 2779 del 18 de diciembre de 2018, a partir del 27 de marzo de 2018, junto con los reajustes anuales y mesadas adicionales de ley.

SEGUNDO: DECLARAR NO PROBADAS LAS EXCEPCIONES *propuestas por la demandada, conforme a la parte motiva de esta sentencia.*

TERCERO: CONDENAR *en costas a la parte demandada, practíquese la liquidación por Secretaría, incluyendo el monto de un (1) SMLMV como valor de las agencias en derecho.*

Como **fundamento de su decisión**, expuso el *a quo* que, el problema jurídico se circunscribía en determinar si debía ser reliquidado el valor de la primera mesada de la pensión restringida devengada por el demandante, de acuerdo con el promedio de lo devengado en el último año de servicios, teniendo en cuenta la suma mencionada por él de \$141.726, 66.

Sostuvo que, se encontraba demostrado el estatus de pensionado del actor de conformidad con la resolución No. 2779 del 18 de diciembre de 2018, por medio de la cual la entidad demandada reconoció a su favor la pensión proporcional de jubilación, pensión sanción, en cuantía de \$782.777, a partir del 27 de marzo de 2018.

Adujo que, teniendo en cuenta el acto administrativo de reconocimiento se constataba que para el reconocimiento de la pensión se había acudido a lo dispuesto en el artículo 8 de la ley 171 de 1961 y artículo 74 del Decreto 1848 de 1979, que conforme a dichas normas debía recordarse que la ley 171 de 1961, en relación con la cuantía de la pensión señalaba debía ser directamente proporcional al tiempo de servicio respecto de la que le habría correspondido al trabajador en caso de reunir todos los requisitos necesarios para gozar de la pensión plena establecida en el artículo 260 del CST y se liquidaría con el salario promedio de lo devengado en el último año de servicios.

Indicó que, conforme con el Decreto 1158 de 1994, que regula lo correspondiente al IBC debía tenerse en cuenta para la liquidación de la mesada pensional; seguidamente estableció que al verificarse lo consagrado en la resolución 2779 del 18 de diciembre de 2018, se tenía que la entidad había reconocido la mesada pensional con una tasa de remplazo del 46,70%, por 4.203 días laborados desde el 4 de febrero de 1980 al 29 de diciembre de 1991, teniendo como promedio mensual lo devengado en el último año de

servicios, incluyéndose todos los factores salariales en la suma de \$132.316, que al ser indexada había arrojado un valor de \$1.676.182, por lo tanto, al aplicársele la tasa de remplazo mencionada, se había tenido como primera mesada pensional la suma de \$782.777.

Arguyó que, la controversia radicaba en el promedio del salario mensual que se había tenido en cuenta para la liquidación de la mesada pensional, es decir, que no había debate correspondiente al tiempo de servicios y tasa de remplazo, pretendiendo el actor se tuviera en cuenta la parte motiva de la resolución No. 1470 del 8 de abril de 1994, expedida por su empleador, por medio de la cual se modificó el valor liquidado por concepto de cesantías definitiva, en la cual la accionada precisó que el salario promedio mensual obedecía a \$141.726,69, asimismo obraba reliquidación de cesantías donde se aducía que el actor devengó la suma de \$89.328 como asignación básica mensual, más un promedio de factores salariales en el ultimo año de \$52.398,69, incluyéndose en dicho valor como factores salariales, prima de servicios, prima de antigüedad, vacaciones eventualidad, bonificación por vacaciones, horas extras y dominicales y festivos, para un total de \$628.784,24, como factor salarial, que al ser promediada en 12, arrojaba el valor de \$52.398,69, para un salario base de liquidación de \$146.726,69.

Concluyó que, de acuerdo con el material probatorio allegado al proceso y conforme con la planilla de nómina del actor obrante a folios 213, 214 y 215 del medio magnético denominado anexos de la contestación de la demanda se detallaban los valores correspondientes de la nómina de cada mes del último año de servicios, es decir, desde diciembre de 1990, a diciembre de 1991, discriminándose cada uno de los factores devengados, por lo que una vez realizado el correspondiente cálculo matemático, encontraba que en efecto tal y como lo pretendía la parte actora el valor a tomar como promedio del ultimo año de servicios era de \$141.726, 69, que obedecía a la sumatoria de la asignación básica mensual, más el promedio de los factores salariales, en ese orden, la suma de \$132.316, reconocida por la demandada no contenía los factores salariales devengados durante el último año de servicios.

RECURSO DE APELACIÓN

La **demandada** interpuso recurso de apelación, indicando que la entidad al realizar la liquidación de la primera mesada pensional tuvo en cuenta todos los factores salariales como también el valor real al momento de la operación, por lo tanto, la resolución que dio lugar al reconocimiento a la prestación se ajustaba a derecho, debiéndose tener en cuenta que la resolución que modificó las cesantías, no modificó los aspectos propios de los factores salariales, aunado a que las cesantías no son factor salarial.

Agregó que, la entidad cumplió con la operación aritmética propia para calcular la mesada pensional de acuerdo con lo indicado por la Corte Suprema de Justicia ajustados al valor real al momento en que se hizo la liquidación.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, así como en el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta misma de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del CPTSS.

En el presente asunto no es materia de discusión los siguientes aspectos fácticos: *i)* que el señor Heiger Arias Bustos prestó sus servicios en la extinta empresa Ferrocarriles Nacionales de Colombia a través de un contrato laboral ostentando la calidad de **trabajador oficial**, entre el 4 de febrero de 1980, al 29 de diciembre de 1991, para un total de 4.203 días, equivalente a 11 años, 8 meses y 3 días (f° 4 y 18, exp. Físico); *ii)* que fue desvinculado de la empresa por supresión del cargo con derecho a indemnización a partir del 29 de diciembre de 1991 (f° 18, exp. físico); *iii)* que nació el 27 de marzo de 1958, acreditando los 60 años de edad el mismo día y mes del año 2018; *iv)* que mediante resolución 2779 del 18 de diciembre de 2018, el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacional de Colombia le reconoció pensión proporcional de jubilación – pensión sanción, por valor de \$782.777, a partir del 27 de marzo de 2018 (f° 18 a 24, exp. Físico); y *v)* que el actor solicitó la reliquidación de su primera mesada pensional, que se resolvió a través de resolución No. 1873 del 8 de agosto de 2019, de manera negativa (f° 30 a 32, exp. Físico).

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar si debe ser reliquidada la primera mesada pensional del actor de la pensión restringida de jubilación que le fue otorgada por parte de la entidad demandada, teniendo en cuenta todos los factores salariales percibidos en el último año de servicios y que fueron tenidos en cuenta para la liquidación de las cesantías definitivas.

LIQUIDACIÓN MESADA PENSIONAL – PENSIÓN RESTRINGIDA DE JUBILACIÓN

Respecto de la liquidación de esta prestación, el artículo 8º de la Ley 171 de 1961, indicó que sería directamente proporcional al tiempo de servicios respecto de la que le habría correspondido al trabajador en caso de reunir todos los requisitos necesarios para gozar de la pensión plena, y se liquidará con base en el promedio de los salarios devengados en el último año de servicios.

En ese orden de ideas, la pensión plena de jubilación que le hubiera correspondido al actor, de haber satisfecho las exigencias, sería la establecida en el artículo 1º de la Ley 33 de 1985, que dice:

Artículo 1º.- El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.

De allí que la liquidación de la prestación se realiza conforme a lo señalado en el citado artículo 1 de la Ley 33 de 1985 y en correspondencia con el artículo 1 de la Ley 62 del mismo año, que estipula:

*Artículo 1º. Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión. Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, **estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación***

básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio. En todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes. (Negrilla y subrayado fuera del texto original).

Como bien se puede apreciar de la norma anteriormente citada, los factores a tener en cuenta para la liquidación de la prestación, corresponde: **i)** asignación básica; **ii)** gastos de representación; **iii)** prima de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; **iv)** dominicales y feriados; **v)** horas extras; **vi)** bonificación por servicios prestados, **vii)** y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.

Así también, lo ha precisado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia más reciente CSJ SL2852-2022, en la cual señaló:

*El descontento del recurrente, frente a la sentencia atacada, recae en, su consideración particular, que para liquidar la prestación deprecada debe tenerse en cuenta todos los factores salariales devengados en el último año de servicio. Ahora bien, **vale la pena recordar que esta Corporación ha definido que la pensión restringida de jubilación se debe liquidar con los factores que sirvieron de base para hacer los aportes en el último año de servicios, y que estos son los enlistados expresamente en el artículo 3 de la Ley 33 de 1985, modificado por el artículo 1 de la Ley 62 de la misma anualidad.***

Al respecto, en la providencia CSJ SL123-2020, esta Sala de la Corte, al resolver un asunto de similares contornos y promovido en contra de la misma demandada, enseñó:

[...] Pues bien, la posición puesta de presente por el censor, en puridad de verdad, es contraria a lo que tiene adocinado de vetusta esta Sala. Es así como en diversas providencias en las que se ha debatido el mismo tema, ha definido que la pensión restringida de jubilación se debe liquidar con los factores que sirvieron de base para hacer los aportes en el último año y que son los expresamente enunciados en el artículo 3 de la Ley 33 de 1985, modificado por el artículo 1º de la Ley 62 del mismo año. Entre otras, en la proferida el pasado 22 de mayo, CSJ SL2160-2019, reiterada en la CSJ SL2983-2019, se explicó:

Tampoco puede afirmarse que existe yerro alguno en dicho proceder, pues de conformidad con el párrafo del artículo 8º la Ley 171 de 1961 y el 74 del Decreto 1848 de 1969, en atención a que la pensión sanción reconocida al demandante, se causó el 1 de junio de 1992, el salario de liquidación de esta, debe determinarse con relación al que le habría correspondido en el evento de reunir los requisitos exigidos para gozar de la pensión plena, que, para ese momento, era la consagrada en la Ley 33 de 1985, la cual, dispone en su artículo 1, que el salario a tener en cuenta es el que sirvió de base para los aportes durante el último año

de servicios, **siendo los factores de este los que se indican en el artículo 3 ibídem, modificado por el canon 1 de la Ley 62 de 1985, esto es: la asignación básica; gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio (CSJ SL 2748-2018).**

Como en el presente asunto se tiene que: (i) el actor causó el derecho a la pensión implorada el 15 de noviembre de 1991 (artículo 8º de la Ley 171 de 1961), vale decir, con anterioridad a la entrada en vigencia del estatuto de la seguridad social; (ii) aquél estuvo vinculado laboralmente con la Caja de Crédito Agrario por más de 17 años; y (iii) la pensión plena de jubilación que le hubiera correspondido recibir, de haber cumplido las exigencias legales sería la establecida en el artículo 1º de la Ley 33 de 1985, sin hesitación ninguna, necesaria y rigurosamente se debe echar mano del canon 1º de la Ley 62 de 1985, que expresamente preceptúa que «las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes», sin que con ello se viole el postulado de inescindibilidad, pues esta última regla al modificar aquél hace parte del mismo, por lo que el Tribunal no incurrió en yerro alguno al aplicar este precepto.

Aunado a lo anterior, es menester precisar que el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, es una norma rígidamente taxativa (numerus clausus) por lo tanto de interpretación restrictiva, y siendo lo anterior así, como efectivamente lo es, no se abre paso la propuesta del recurrente de estimar otros factores salariales, pues, a las claras, dicho planteamiento va más allá de la voluntad del legislador, quien determinó los factores que conforman la base de liquidación pensional y a ellos es que se debe limitar dicha base. De manera que si el legislador hubiese querido que _____ estuviesen más factores salariales así lo hubiere plasmado en la ley; no hay que soslayar que «cuando el legislador lo quiere lo dice, si no lo quiere calla».

Conforme a lo anterior, mutatis mutandis – cambiando o que haya que cambiar, se tiene que a fin de determinar el ingreso base de liquidación de la pensión restringida de jubilación por retiro voluntario causada a favor del demandante, debían tenerse en cuenta para el efecto, los siguientes factores salariales: «la asignación básica, los gastos de representación, las primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación, los dominicales y feriados, las horas extras, la bonificación por servicios prestados, y el trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio».

Lo dicho, en virtud a lo reglado en el artículo 1 de la Ley 62 de 1985, tal como lo estableció el sentenciador de segundo grado; y no con fundamento en lo previsto en el inciso 3 del artículo 8 de la Ley 171 de 1961, como lo sostiene el censor, de manera que en ningún desatino jurídico incurrió el fallador de segundo grado al aplicar los factores salariales para la determinación del ingreso base de liquidación.

Por otro lado, de conformidad a la sentencia CSJ SL2166-2019, allí se razonó que no es pertinente acudir al principio de favorabilidad, previsto en el artículo 53 de la Constitución Política, toda vez que el mismo parte de la existencia de duda en la aplicación e interpretación de la norma, **es oportuno indicar que, en el presente caso, existe norma especial que regula los factores salariales de los trabajadores oficiales para acceder a las pensiones de la Ley 171 de 1961. De manera que, al existir un precepto legal vigente que reglamenta la situación de forma unívoca, es el único llamado a**

definir el asunto. (Negrillas y subrayado fuera del texto original).

En apego a lo expuesto, no sería dable para calcular la mesada pensional percibida por el actor, acudir a los factores salariales consagrados en el artículo 1 del Decreto 1158 de 1994, pues en el caso de las pensiones restringidas de jubilación existe norma expresa que consagra los factores a tener en cuenta, tal como fue explicado.

En ese orden de ideas, se tiene que el *a quo* para liquidar la mesada pensional tuvo acudió a la planilla de nómina obrante a folios 213, 214 y 215, PDF anexos contestación, CD f° 64, en los que aparecen los siguientes factores percibidos por el señor Heiger Arias durante su último año de servicios, así:

FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA EN LIQUIDACION												
DIRECCION CONTABILIDAD Y CONTROL												
OFICINA DE CONTROL TIEMPO Y NOMINA												
NOMBRE: HEIGER ARIAS BUSTOS			C.C. 3.245.554		DE VILLETEA		CARNET 049051		CARGO: EX-SOLDADOR			
NOVEDADES	DICIEMBRE/90		ENERO/91		FEBRERO/91		MARZO/91		ABRIL/91		MAYO/91	
	1o	2o	1o	2o	1o	2o	1o	2o	1o	2o	1o	2o
ORDINARIOS	70.337.00		70.337.00		44.664.00	44.664.00	44.664.00	44.664.00	44.664.00	44.664.00	44.664.00	44.664.00
EXTRAS 25%	366.33		1.465.35		831.58				465.25		930.50	465.25
EXTRAS 75%	1.538.62		9.231.73		1.677.09						6.513.50	651.35
PRIMA SERVICIO	138.575.66		465.57									
RETRO SUELDOS					18.990.98							65.507.00
VACAC 1 SEMO												908.16
VACAC 1 EVENTUAL												54.339.68
BONIF VACAC												11.910.00
PRIMA ANTIGUEDAD												

FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA EN LIQUIDACION												
DIRECCION CONTABILIDAD Y CONTROL												
OFICINA DE CONTROL TIEMPO Y NOMINA												
NOMBRE: HELBER ARIAS BUSTOS			C.C. 3.245.554		DE VILLETEA		CARNET 049051		CARGO: EX-SOLDADOR			
NOVEDADES	JUNIO/91		JULIO/91		AGOSTO/91		SEPTIEMBRE/91		OCTUBRE/91		NOVIEMBRE/91	
	1o	2o	1o	2o	1o	2o	1o	2o	1o	2o	1o	2o
ORDINARIOS	44.664.00	44.664.00	44.664.00	44.664.00	44.664.00	44.664.00	44.664.00	44.664.00	44.664.00	44.664.00	44.664.00	44.665.00
PRIMA SERVICIO	127.856.82			51.154.65							465.25	465.25
EXTRAS 25%	465.25	465.25			465.25	1.861.00	465.25					
BONIF VACAC.	39.245.33				1.954.05	3.908.10	651.35				8.467.55	1.954.05
EXTRAS 75%		1.302.70										

FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA EN LIQUIDACION									
DIRECCION CONTABILIDAD Y CONTROL									
OFICINA DE CONTROL TIEMPO Y NOMINA									
NOMBRE: HELGER ARIAS BUSTOS			C.C. 3.245.554		DE VILLETE		CARNET 049051		CARGO: EX-SOLDADOR
NOVEDADES	DICIEMBRE/91		ENERO/92		1a	2a	1a	2a	1a
	1a	2a	1a	2a					
1 ORDINARIOS	89.328.00								
2 PRIMA SERVICIO	136.039.17		17.811.08						
3 EXTRAS 75% PEND.			19.540.50						
4 EXTRAS 25%			7.444.00						
5 EXTRAS 75%			4.559.45						
6 EXTRAS 25% PENDT			930.50						
7 VACAC RET EVENTUAL			3.185.87						
8 VACAC PROPORCIONAL			30.768.53						
9 DOMINICALES			15.632.40						
10									
11									

También se revisó el documento obrante a folios 14 y 15 del expediente físico, denominado «RELIQUIDACION CESANTIA DEFINITIVA TRABAJADOR OFICIAL», en el que se tuvo en cuenta los siguientes factores salariales:

FACTORES SALARIALES

a. Primas de Servicio	425.902,95
b. Prima de Antigüedad	11.910,-
c. Prima Kilométrica	
d. Vacaciones Eventualidad	4.094,03
e. Bonificación por Vacaciones	93.585,04
f. Subsidio y/o Aux. Transp.	
g. Horas Extras	77.659,85
h. Dominicales y Festivos	15.632,40
i. Viáticos Comisión (50%)	
j. Viáticos Convencionales (100%)	
k. Auxilio de Alimentación	
L. OTROS	

TOTAL EVENTUALIDAD

628.784,24

LIQUIDACION:

ASIGNACION MENSUAL	=	89.328,-
EVENTUALIDADES	628.784,24 ÷ 12 =	52.398,69
SALARIO BASE LIQUIDACION	+	141.726,69

Acorde con lo anterior, únicamente debió tomarse para liquidar la mesada pensional lo correspondiente a horas extras y dominicales, más no los demás factores

que aparecen como devengados en ese año, pues no están enlistados en el artículo 3 de la Ley 33 de 1985, modificado por el artículo 1 de la Ley 62 de la misma anualidad.

Así, al verificarse la resolución de reconocimiento pensional No. 2779 del 18 de diciembre de 2018, allí se estipuló que para reconocer y pagar la pensión sanción se fundamentó en lo establecido el artículo 8 de la Ley 171 de 1961, debidamente indexada, tomando como base los factores salariales indicados en dicha normatividad durante el periodo comprendido en el último año de servicios, incorporando la siguiente liquidación:

BASE SALARIAL / AÑO	ANUAL	PROMEDIO MENSUAL
Todos los Factores Salariales percibidos en el último año de servicios	1.587.797,00	132.316
TOTAL RECIBIDO POR AÑO	1.587.797,00	132.316

INDEXACION DE LA PRIMERA MESADA PENSIONAL

AÑO	MES	VALOR INDICE	PROMEDIO MENSUAL
1990	DICIEMBRE	10,96102	1.676.182
2017	DICIEMBRE	138,85399	

VALOR PENSION	
AÑO	27/03/2018
IPC	4,09%
VALOR PENSION	782.777

En ese entendido, la entidad accionada aplicó de manera correcta la norma para liquidar la mesada pensional que fue otorgada al actor, incluyendo los factores salariales correspondientes; por lo tanto, no le asiste razón al fallador de primer grado en que deba ser reliquidad la prestación, incluyéndose factores distintos a los contemplados en la norma varias veces citada.

Por consiguiente, habrá de revocarse la decisión de primera instancia.

COSTAS

COSTAS en ambas instancias a cargo de la parte actora de conformidad con lo establecido en numeral 4 del artículo 365 del CGP.

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 la sentencia apelada y consultada, proferida por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá, en su lugar **ABSOLVER** a la demandada **FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA** de todas y cada una de las pretensiones de la demanda, por las razones anteriormente expuestas.

SEGUNDO: COSTAS en ambas instancias a cargo de la parte demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado



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 parte demandada la suma de \$580.000.



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	11001310502020210064101
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	INGRID YOMAIRA LÓPEZ NEIRA
DEMANDADO	- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES - ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A. - 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 agosto 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 **INGRID YOMAIRA LÓPEZ NEIRA** que se **declare** la ineficacia del traslado de régimen de prima media con prestación definida (en adelante RPM) al de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS) realizado a Protección S.A., por el incumplimiento del deber de información, así como del traslado horizontal posterior que efectuó a Porvenir S.A. y que se **declare** que se encuentra válidamente afiliada al RPM administrado por Colpensiones. Como consecuencia de lo anterior, pretende que se **condene** a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones la totalidad del capital de su cuenta de ahorro individual, incluidos los rendimientos, bonos y/o títulos pensionales, gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades; que se **condene** a Colpensiones a aceptar dichos aportes y a activar su afiliación y 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° 1-12 archivo 01, carpeta 1ª inst. exp. digital), señaló que inició sus aportes al Sistema de Seguridad Social en Pensiones con el ISS hoy Colpensiones; que el 30 de noviembre de 1996, se trasladó a Colmena hoy AFP Protección S.A.; que posteriormente el 25 de julio de 2000, se trasladó a la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A.; que al momento de los traslados ninguna de las AFPs le informaron de manera clara cuáles eran las diferencias entre regímenes pensionales, las ventajas, desventajas y funcionamiento de cada uno y en general no le brindaron una asesoría veraz, oportuna y objetiva que le permitiera conocer las implicaciones de los actos de traslado y los requisitos para acceder a las prestaciones económicas del RAIS.

Afirmó que, Porvenir S.A. con ocasión de una petición que ella formuló, le informó que su mesada pensional ascendería a \$1.924.100 a los 57 años, mientras que de acuerdo con proyección pensional efectuada por actuario particular en el RPM la mesada sería de \$5.401.232, debido a que su ingreso base de cotización ascendía a \$7.973.061; que mediante escritos del 22 de febrero y 03 de marzo de 2021, solicitó a Protección S.A., Porvenir S.A. y Colpensiones, respectivamente, la anulación de su afiliación al RAIS y su retorno al RPM, peticiones que fueron contestadas de forma negativa por estas entidades.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (f°3 - 44 archivo 07 carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que la actora inició sus cotizaciones al Sistema General de Seguridad Social en pensiones con el ISS hoy Colpensiones y que el día 03 de marzo de 2021, presentó ante esta entidad solicitud de anulación del traslado al RAIS y retorno al RPM, la cual fue contestada de forma negativa. Respecto de los demás hechos indicó 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 **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A.** contestó (f.º3 a 32 archivo 06 carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, sólo aceptó que el día 22 de febrero de 2021 la actora radicó petición solicitando la anulación de su vinculación al RAIS y copia del formulario de afiliación. Respecto de los demás hechos indicó que no le constaban o que no eran 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 y del Sistema General de Pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y la innominada o genérica.

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.** contestó (f.º3 a 26 archivo 08 carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que en la actualidad los aportes de la demandante eran administrados por Porvenir. Respecto de los demás hechos refirió que no le constaban o que no eran ciertos. 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 02 de marzo de 2023 (archivo 16 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 INGRID YOMAIRA LÓPEZ NEIRA a la AFP COLPATRIA hoy AFP PORVENIR el 28 de julio de 1994, y los posteriores traslados horizontales a COLMENA hoy PROTECCIÓN y HORIZONTE hoy PORVENIR, 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 COLPENSIONES.

TERCERO: ORDENAR a la AFP PORVENIR S.A. como actual fondo pensional de la actora, a DEVOLVER los aportes girados a su favor por concepto de cotizaciones a pensiones de la afiliada INGRID YOMAIRA LÓPEZ NEIRA junto con los rendimientos financieros causados, con destino a COLPENSIONES y los bonos pensionales si los hubiese a su respectivo emisor.

CUARTO: En caso de existir aportes de la demandante en la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A a favor de INGRID YOMAIRA LÓPEZ NEIRA, deberán ser trasladados a ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES EICE.

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

SEXTO: CONDENAR a COLPENSIONES y a las AFPS PROTECCIÓN S.A, y PORVENIR SA en costas. Tásense por Secretaría incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a TRES (3) Salarios Mínimos Mensuales Legales Vigentes, pagaderos 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 la cual 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 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 el ISS como a los fondos privados, los formularios de afiliación a las AFPs que acreditaban el traslado primigenio de régimen y el tránsito horizontal; que también se contaba con el interrogatorio de parte de la actora en el que refirió que se trasladó al RAIS con Colpatria por sugerencia

de su empleador, sin recibir asesoría por parte de esa AFP. 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 era procedente debido a que los mismos estaban establecidos para todos los fondos incluidos Colpensiones y que estaban compuestos en más de la mitad por el pago de la prima de los seguros previsionales, cuyo objeto y cobertura ya fueron causados.

En cuanto a la prescripción sostuvo que no prosperaría tal excepción debido a que la ineficacia estaba asociada a un derecho imprescriptible como lo es 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 que con su decisión estaba promoviendo la desfinanciación y descapitalización del sistema, pues el retorno de afiliados del RAIS al RPM sin tener en cuenta la prohibición legal contenida en la Ley 797 de 2003, ha generado un perjuicio económico por la suma de \$35.000.0000.000. Refirió también que en el caso que nos ocupa era claro que la actora en su cuenta de ahorro individual tenía una suma de \$374.979.689, la cual resultaba insuficiente para financiar una pensión que por 23 años de la vida probable de la actora ascendería a un total de \$1.614.968.361 lo que en contraste con el ahorro que sería transferido a Colpensiones arrojaba una diferencia de \$1.239.988.672; que justamente por ello la Corte Constitucional en sentencia C-1024 de 2004 concluyó que permitir el retorno de afiliados desconociendo la prohibición legal vulneraba el principio de equidad y de eficiencia pensional; que, además, el a quo pasaba por alto el deber que tenía la afiliada de informarse en debida forma y que lo que realmente la motivaba a solicitar el retorno no era el incumplimiento del deber de información sino la diferencia de su mesada pensional en uno y otro régimen, argumento que no tenía la suficiencia para tornar ineficaz su afiliación al RIAS.

De manera subsidiaria, solicitó que en el evento en que se mantuviera la decisión de ineficacia de la afiliación, se ordenara la devolución de los gastos de administración y demás deducciones debidamente indexadas, conforme lo ha

determinado la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y que se revoque la condena en costas a Colpensiones, porque esta entidad no tuvo intervención en la asesoría que se reprochaba.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación presentado por Colpensiones, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta entidad 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 es ineficaz por falta de información, así como los traslados horizontales posteriores efectuados entre administradoras del RAIS y si, como consecuencia de ello, hay lugar a ordenar a las AFPs 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 **INGRID YOMAIRA LÓPEZ NEIRA** nació el día 08 de diciembre de 1967 (f° 16, archivo 01 de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); **ii)** que cotizó al RPM con el ISS desde el 20 de abril de 1990 hasta el 31 de julio de 1994 (f° 113 archivo 05 de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); y **iii)** que el 28 de julio de 1994, a través de formulario de afiliación solicitó ante Colpatria – hoy Porvenir S.A. el traslado al RAIS, el cual se hizo efectivo a partir del **01 de agosto de 1994** (f° 80 archivo 05 de la carpeta 1ª inst. exp. Digital), que efectuó traslados horizontales en el RAIS del siguiente modo:

- A través de solicitud del 12 de junio de 1997 requirió el traslado a Colmena – hoy Protección, que se hizo efectivo el 01 de agosto de 1997.
- A través de solicitud del 25 de julio de 2000 requirió el traslado a Horizonte – hoy Porvenir S.A., el cual se hizo efectivo el 01 de septiembre de 2000, administradora a la que continúa afiliada.

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 disfavor 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 agosto de 1994–**, la obligación de la AFP Colpatria - hoy 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 Colpatria - hoy 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 obran formularios de solicitud de afiliación a AFP Colpatria - hoy Porvenir S.A., a Colmena – hoy Protección S.A. y a Horizonte – hoy Porvenir S.A., de ellos 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 dichas AFPs cumplieron 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).

Con relación al reparo efectuado por Colpensiones según el cual el A quo desconoció el pronunciamiento de la Corte Constitucional en sentencia C-1024/2004, es preciso aclarar que el supuesto fáctico contenido en esta providencia no es análogo al caso que nos ocupa, pues en ella se analiza la constitucionalidad de los límites temporales previstos en los artículos 2, 3 y 9 de la Ley 797 de 2003 para efectuar un cambio de régimen pensional, sin que el debate se centrara en la información suministrada por las AFP ni mucho menos en la existencia de una ineficacia al efectuar el cambio de régimen, por lo que no es de recibo tal argumento.

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.** (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.

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 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 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 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 avizora que el a quo partiendo de consideraciones erradas no ordenó la devolución completa de los anteriores valores ni la respectiva indexación, conforme lo adujo Colpensiones en su recurso.

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.

A su vez, se deberá adicionar el numeral cuarto a efectos de ordenar a Protección S.A. 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 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 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 adelante.

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 de las AFPS, 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:

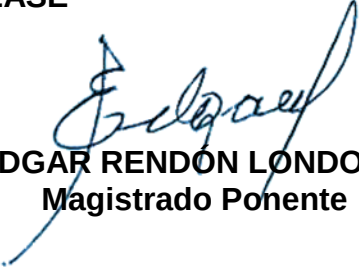
PRIMERO: ADICIONAR Y MODIFICAR EL NUMERAL TERCERO de la sentencia proferida por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en el sentido de **CONDENAR** a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** a pagar con su propio patrimonio y trasladar a la **ADMINISTRADORA 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: ADICIONAR Y MODIFICAR EL NUMERAL CUARTO de la sentencia apelada y consultada, proferida por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en el sentido de **ORDENAR** a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN 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.

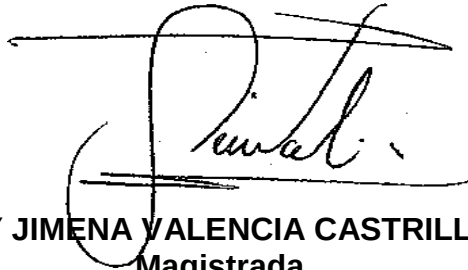
CUARTO: COSTAS en esta instancia a cargo de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**.

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, 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	11001310502020220007401
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	RODRIGO MUÑOZ BASTIDAS
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 días (31) días del mes de agosto 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 **RODRIGO MUÑOZ BASTIDAS** se **declare** la nulidad de su traslado del régimen de prima media con prestación definida (en adelante RPM) al de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS) efectuado con Porvenir S.A., por el incumplimiento al deber de información. Como consecuencia de lo anterior, solicita que se **condene** a Porvenir S.A. devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de su afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus rendimientos e intereses; que se **ordene** al fondo público a activar su afiliación y a recibir todos los dineros provenientes de la AFP; 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° 70 a 81 archivo 01, carpeta 1ª inst. exp. digital), señaló en síntesis, que estuvo afiliada al ISS hoy Colpensiones desde el 24 de agosto de 1988, hasta mayo de 1995; que posteriormente en junio de 1995 se trasladó al RAIS con la AFP Porvenir S.A. a través del diligenciamiento de un formulario de afiliación, donde continuaba cotizando a la fecha de la presentación de la demanda;

que al momento del traslado de régimen el asesor de la AFP no efectuó una asesoría profesional, completa, clara, suficiente y oportuna que le permitiera conocer las características, condiciones y riesgos reales de trasladarse al RAIS, así como tampoco los requisitos para acceder a las prestaciones económicas que ofrecía el sistema pensional.

Manifestó que el día 21 de febrero de 2022, radicó ante Colpensiones, solicitud encaminada a que se anulara su vinculación al RAIS y se le trasladara al RPM, la cual fue contestada de manera negativa por esta entidad.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (f°1 - 43 archivo 11 carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que el actor estuvo afiliado al ISS – hoy Colpensiones desde el 24 de agosto de 1988, hasta mayo de 1995, y que el día 21 de febrero de 2022, radicó ante Colpensiones solicitud encaminada a que se le afiliara al RPM, la cual fue contestada de manera negativa por esta entidad. Respecto de los demás hechos indicó 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° 1 a 28 archivo 10, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, no aceptó ninguno, oponiéndose o indicando 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 Veinte Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 08 de marzo de 2023 (archivos 16 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 el señor RODRIGO MUÑOZ BASTIDAS a AFP PORVENIR el 30 de mayo de 1995, conforme a lo considerado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: DECLARAR como aseguradora del demandante RODRIGO MUÑOZ BASTIDAS para los riesgos de invalidez, vejez y muerte a LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES como actual y única entidad administradora del RPM.

TERCERO: ORDENAR a la AFP PORVENIR S.A a DEVOLVER los aportes girados a su favor por concepto de cotizaciones a pensiones del afiliado RODRIGO MUÑOZ BASTIDAS, junto con los rendimientos financieros causados, con destino a COLPENSIONES y los bonos pensionales si los hubiese a su respectivo emisor.

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

QUINTO: CONDENAR en costas a COLPENSIONES y a la AFP PORVENIR S.A. Tásense por Secretaría incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a TRES (3) Salarios Mínimos Mensuales Legales Vigentes, pagaderos 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 la sentencia con radicado 318931314, a partir de la cual la Corte había replicado que cuando no había información suficiente en un traslado de fondo pensional la consecuencia jurídica era la declaratoria de ineficacia, conforme las sentencias CSJ SL 0073 – 2021, SL1452-2019, SL1055-2022, SL 4189-2018.

Dijo que, como pruebas relevantes se tenían la historia laboral del actor, el expediente administrativo, las reclamaciones formuladas por el demandante, la certificación SIAFP, todos los cuales daban cuenta de los traslados efectuados y permitían avizorar que aquel realizó un traslado horizontal el día 23 de abril de 1998, a Porvenir, pese a que no se hubiese aportado el formulario de afiliación. Refirió que del interrogatorio de parte del demandante no se había obtenido confesión alguna, pues éste indicó que no había recibido asesoría de ningún tipo, como quiera que el cambio de régimen del día 30 de mayo de 1995, lo hizo por sugerencia del área de recursos humanos donde trabajaba.

Refirió que, la consecuencia jurídica de la indebida asesoría era la ineficacia, ello derivado de la transgresión del deber de información, por lo que no era dable abordar este caso desde el régimen de las nulidades; que tal ineficacia se generaba cuando existía una insuficiencia en la información que generaba 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.

En ese orden de ideas, adujo que en este caso se debía analizar si al actor se le brindó una información suficiente, clara, completa, oportuna y comprensible sobre las características de los dos regímenes pensionales, pero principalmente las consecuencias reales de abandonar el RPM, al cual estaba vinculado, carga de la prueba que estaba en cabeza de la AFP. Preciso que pese a ello en el expediente no existía prueba del cumplimiento de tal deber, ni siquiera se había aportado el formulario de afiliación que demostrara que había un consentimiento, así no fuere informado, por lo que concluyó que en este caso no hubo libertad informada y que por tanto debería declararse la ineficacia del traslado; que la aseguradora de los riesgos de vejez, pensión o muerte del actor era Colpensiones y que condenaría a Porvenir S.A. a retornar a tal fondo público los aportes que hubiese efectuado el demandante, junto con sus rendimientos.

Indicó que, en la demanda no se solicitó la restitución de los gastos de administración y que su restitución fue objeto de debate, por lo que no habría lugar a hacer uso de las facultades extra y ultra petita sobre el particular y que, en todo caso, tales rubros pertenecían al fondo por las gestiones adelantadas.

Respecto de la prescripción refirió que no prosperaría tal excepción debido a que la ineficacia estaba asociada a un derecho imprescriptible como lo es el de la seguridad social.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES presentó recurso de apelación, solicitando que se revocara la decisión en su integridad. Para tal efecto, argumentó que el a quo estaba vulnerando la prohibición contenida en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993; que el traslado se efectuó conforme a derecho, cumpliendo con los requisitos normativos vigentes para la época, con objeto y causa lícita; que no hubo lesión en el derecho constitucional de la seguridad social; que la única motivación del actor para iniciar el proceso judicial era obtener una mesada pensional más alta, lo que no era un argumento válido para declarar la ineficacia de un traslado; que no hubo falta al deber de información debido a que al demandante se le dio una asesoría completa y que muestra de ello era que él decidió permanecer por más de 20 años en el RAIS.

Adujo que, el a quo no tuvo en cuenta que el RPM era un régimen subsidiado, por lo que trasladar a personas que nunca habían aportado al mismo ad-portas de

pensionarse, afectaría la sostenibilidad pensional de quienes han permanecido sin interrupciones en tal régimen. Aunado a ello, solicitó que la condena en costas sea revocada en razón a que Colpensiones no había participado en el acto que se declaró ineficaz y que los dineros de esta entidad solo podían ser usados para el pago de mesadas pensionales. Finalmente, agregó que contrario a lo indicado por el a quo, la AFP si debía devolver los gastos de la administración o cualquier tipo de rubro que haya manejado.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación presentado por Colpensiones, así como el grado jurisdiccional de consulta a 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., 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 **RODRIGO MUÑOZ BASTIDAS** nació el 22 de abril 1963 (f° 28- archivo 01 de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); **ii)** que cotizó al ISS entre el 18 de marzo de 1991 y el 31 de mayo de 1995, acumulando un total de 219,00 semanas (f°57 archivo 01 de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); **iii)** que 30 de mayo de 1995, solicitó el traslado al RAIS con Colpatria S.A. hoy Porvenir, el cual se hizo efectivo a partir del **01 de junio de 1995** (f°73 archivo 10, de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); y **iv)** que el 23 de abril de 1998, solicitó el traslado al RAIS con Porvenir, el cual se hizo efectivo a partir del **01 de junio de 1998** (f°73 archivo 10, de la carpeta 1ª inst. exp. Digital), administradora a la que continúa afiliado.

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 que el actor se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad **–01 de junio 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 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).

Se resalta además que en el expediente ni siquiera obra el formulario de afiliación del actor al RAIS que diera cuenta si quiera de su intención o consentimiento de ser trasladado, por lo que con menor razón podría considerarse que la AFP cumplió con la carga de la prueba de demostrar el cumplimiento de una debida asesoría. Sin perjuicio de lo expuesto, 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 punto y como se puede dilucidar de lo dicho hasta el momento, 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 esta administradora suministrar la

información con el detalle que se requiere, esta 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 fondos de pensiones de informar de forma 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 parágrafo 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»*

Ahora bien, 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.

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-, 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.

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 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, conforme lo indicó Colpensiones en su recurso de apelación, el a quo no ordenó el reembolso de estos gastos de administración y demás emolumentos descritos previamente, por lo que, se procederá a ADICIONAR el numeral tercero, a efectos de imponer tal condena a Porvenir, pues de lo contrario, se

estaría generando una afectación económica a Colpensiones, en beneficio de la AFP que promovió el traslado en condiciones irregulares.

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 el accionante 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.

Se precisa además que dichos valores deben ser indexados, pues por el transcurso del tiempo han sufrido pérdida del valor adquisitivo, no siendo viable que Colpensiones deba asumirla; tampoco puede pensarse que, por haberse generado rendimientos en la cuenta de ahorro individual del actor no hay lugar a ordenar la indexación, puesto que estos no compensan la devaluación.

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).

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 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 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

Se condenará en costas y agencias en derecho de segunda instancia a Colpensiones por no haber prosperado en su integridad el recurso formulado por esta en contra de la sentencia de primera instancia.

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,

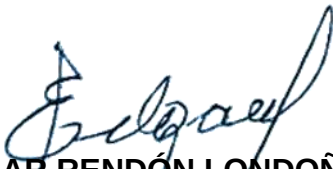
RESUELVE:

PRIMERO: PRIMERO: ADICIONAR NUMERAL TERCERO de la sentencia proferida por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en el sentido de **CONDENAR a SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, trasladar a **COLPENSIONES** y esta a su vez a recibir por parte de aquella, 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 accionante en su cuenta de ahorro individual, durante el tiempo en que el demandante estuvo afiliada a esta 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.

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

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES 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 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	11001310502020220032801
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	JOSÉ YESID CASTRO SUÁREZ
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 días (31) días del mes de agosto 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 YESID CASTRO SUÁREZ** se **declare** la ineficacia de su traslado del régimen de prima media con prestación definida (en adelante RPM) al de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS) efectuado con Porvenir S.A., por el incumplimiento al deber de información, así como del traslado horizontal posterior que efectuó de Porvenir S.A. a Colpatria – hoy Porvenir. Como consecuencia de lo anterior, pretende que se **condene** a Porvenir S.A. devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de su afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, gastos de administración, frutos e intereses con todos sus rendimientos; que se **ordene** al fondo público a activar su afiliación y a recibir todos los dineros provenientes de la AFP.; 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 a 18 archivo 01, carpeta 1ª inst. exp. digital), señaló en síntesis, que nació el 13 de noviembre de 1962; que desde el 28 de febrero de 1987, hasta el 30 de junio de 1997, estuvo afiliado al ISS hoy Colpensiones, donde acumuló un total de 335 semanas; que en los años 1997, y 2005, los asesores de Porvenir visitaron su lugar de trabajo y le ofrecieron beneficios superiores a los que podría obtener con el RPM; que al momento de los traslados de régimen el asesor de la AFP no efectuó una asesoría profesional, completa, clara, suficiente y oportuna que le permitiera conocer las características, condiciones y riesgos reales de trasladarse al RAIS, así como tampoco los requisitos para acceder a las prestaciones económicas que ofrecía el sistema pensional.

Manifestó que, existe una diferencia de \$269.196 entre la mesada que obtendría en el RAIS y la que recibiría de haberse mantenido en el RPM, cuestión que no le fue advertida al momento del traslado; que el día 13 de mayo de 2022, radicó derechos de petición ante Porvenir y Colpensiones solicitando la declaratoria de ineficacia del traslado al RAIS y el retorno al RPM, las cuales fueron contestadas de manera negativa por ambas entidades.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (f°1 - 41 archivo 06 carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que el actor nació el 13 de noviembre de 1962; que desde el 28 de febrero de 1987, hasta el 30 de junio de 1997, estuvo afiliado al ISS hoy Colpensiones, donde acumuló un total de 335 semanas; que el 13 de mayo de 2022, el demandante radicó derecho de petición ante Colpensiones solicitando la declaratoria de ineficacia del traslado al RAIS y el retorno al RPM, la cual fue contestada en oficio del 27 de mayo de 2022, de manera negativa. Respecto de los demás hechos indicó 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° 1 a 34 archivo 05, carpeta 1ª inst. exp.

digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que el actor nació el 13 de noviembre de 1962; que el 13 de mayo de 2022, radicó derecho de petición ante Porvenir solicitando la declaratoria de ineficacia del traslado al RAIS y el retorno al RPM, la cual fue contestada de manera negativa. Respecto de los demás hechos indicó que no eran ciertos o que no le constaban.

Como excepciones de mérito, propuso 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 Veinte Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 22 de febrero de 2023 (archivos 14 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 el señor JOSÉ YESID CASTRO SUÁREZ a COLPATRIA hoy AFP PORVENIR el 1 DE AGOSTO DE 1997 y sus consecuentes traslados horizontales conforme a lo considerado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: DECLARAR como aseguradora del demandante JOÉE YESID CASTRO SUÁREZ para los riesgos de invalidez, vejez y muerte a LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES como actual y única entidad administradora del RPM.

TERCERO: ORDENAR a la AFP PORVENIR S.A a DEVOLVER los aportes girados a su favor por concepto de cotizaciones obligatorias a pensiones del afiliado JOSÉ YESID CASTRO SUÁREZ, junto con los rendimientos financieros causados, con destino a COLPENSIONES y los bonos pensionales si los hubiese a su respectivo emisor.

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

QUINTO: CONDENAR en costas a COLPENSIONES y a la AFP PORVENIR S.A. Tásense por Secretaría incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a TRES (3) Salarios Mínimos Mensuales Legales Vigentes, pagaderos 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 con radicado 31989 - 31314, 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, conforme las sentencias CSJ SL 373 – 2021, SL1452-2019, SL1055-2022, SL 4189-2018.

Destacó que, como pruebas relevantes se tenían la historia laboral del actor, el expediente administrativo, las reclamaciones formuladas por el demandante, los formularios de afiliación a Porvenir y a Colpatria, la certificación SIAFP, todos los cuales daban cuenta de los traslados efectuados. Refirió que del interrogatorio de parte del demandante no se había obtenido confesión alguna, pues éste indicó que no había recibido asesoría adecuada, que en ninguno de los tres traslados se le explicaron las implicaciones de tal acto ni los requisitos necesarios para acceder a la pensión.

Manifestó que, la consecuencia jurídica de la indebida asesoría era la ineficacia, la cual se generaba cuando existía una insuficiencia en la información que generaba 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.

En ese orden de ideas, adujo que en este caso se debía analizar si al actor se le brindó una información suficiente, clara, completa, oportuna y comprensible sobre las características de los dos regímenes pensionales, pero principalmente las consecuencias reales de abandonar el RPM, al cual estaba vinculado, carga de la prueba que estaba en cabeza de la AFP. Preciso que, pese a ello en el expediente no existía prueba del cumplimiento de tal deber, pues sólo se aportaron documentos de solicitud de afiliación que no permitían comprobar cuál fue la asesoría suministrada, por lo que concluyó que en este caso no hubo libertad informada y que por tanto debería declararse la ineficacia del traslado, que la aseguradora de los riesgos de vejez, pensión o muerte del actor era Colpensiones y que condenaría a Porvenir S.A. a retornar a tal fondo público los aportes que hubiese efectuado el demandante, junto con sus rendimientos.

Respecto de los gastos de administración, indicó que los mismos estaban establecidos para todos los fondos incluidos Colpensiones, por lo que no era procedente ordenar su retorno, máxime cuando estaban compuestos en más de la mitad por el pago de la prima de los seguros previsionales, cuyo objeto y cobertura ya fueron causados.

Respecto de la prescripción refirió que no prosperaría tal excepción debido a que la ineficacia estaba asociada a un derecho imprescriptible como lo es el de la seguridad social.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES presentó recurso de apelación, solicitando que se revocara la decisión en su integridad. Para tal efecto, argumentó que el a quo estaba vulnerando la prohibición contenida en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993; que el traslado se efectuó conforme a derecho, cumpliendo con los requisitos normativos vigentes para la época, con objeto y causa lícita; que no hubo lesión en el derecho constitucional de la seguridad social; que la única motivación del actor para iniciar el proceso judicial era obtener una mesada pensional más alta, lo que no era un argumento válido para declarar la ineficacia de un traslado; que no hubo falta al deber de información debido a que al demandante se le dio una asesoría completa y que muestra de ello era que él decidió permanecer por más de 25 años en el RAIS.

Adujo que, el a quo no tuvo en cuenta que el RPM era un régimen subsidiado, por lo que trasladar a personas que nunca habían aportado al mismo ad portas de pensionarse, afectaría la sostenibilidad pensional de quienes han permanecido sin interrupciones en tal régimen. Aunado a ello, solicitó que la condena en costas sea revocada en razón a que Colpensiones no había participado en el acto que se declaró ineficaz y que los dineros de esta entidad solo podían ser usados para el pago de mesadas pensionales. Finalmente, agregó que contrario a lo indicado por el a quo, la AFP sí debía devolver los gastos de la administración o cualquier tipo de rubro que haya manejado.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación presentado por Colpensiones, así como el grado jurisdiccional de consulta a 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., 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 **JOSÉ YESID CASTRO SUÁREZ** nació el 13 de noviembre de 1962 (f° 55 - archivo 01 de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); **ii)** que cotizó al ISS entre el 28 de febrero de 1987 y el 30 de junio de 1997, acumulando un total de 335,00 semanas (f°42 archivo 06 de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); **iii)** que el 20 de junio de 1997, solicitó el traslado al RAIS con Porvenir, el cual se hizo efectivo a partir del **01 de agosto de 1997** (f°110 archivo 05, de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); **iv)** que el 15 de marzo de 2000, solicitó un traslado horizontal con Colpatria S.A. hoy Porvenir, el cual se hizo efectivo a partir del 01 de mayo del 2000 (f°134 archivo 05, de la carpeta 1ª inst. exp. Digital) y **v)** que el 01 de diciembre de 2005, solicitó un traslado horizontal para retornar a Porvenir, el cual se hizo efectivo a partir del 01 de febrero de 2006, (f°134 archivo 06, de la carpeta 1ª inst. exp. Digital), administradora a la que continúa afiliado.

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 que el actor se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad –**01 de agosto de 1997**-, 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).

Se resalta además que, en el expediente ni siquiera obra el formulario de afiliación del actor al RAIS que diera cuenta si quiera de su intención o consentimiento de ser trasladado, por lo que con menor razón podría considerarse que la AFP cumplió con la carga de la prueba de demostrar el cumplimiento de una debida asesoría. Sin perjuicio de lo expuesto, 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 punto y como se puede dilucidar de lo dicho hasta el momento, 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 esta administradora suministrar la información con el detalle que se requiere, esta 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 fondos de pensiones de informar de forma 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*»

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.

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-, 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. (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 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 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, conforme lo indicó Colpensiones en su recurso de apelación, el a quo no ordenó el reembolso de estos gastos de administración y demás emolumentos descritos previamente, por lo que, se procederá a ADICIONAR el numeral tercero, a efectos de imponer tal condena a Porvenir, pues de lo contrario, se estaría generando una afectación económica a Colpensiones, en beneficio de la AFP que promovió el traslado en condiciones irregulares.

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 el accionante 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.

Se precisa además que dichos valores deben ser indexados, pues por el transcurso del tiempo han sufrido pérdida del valor adquisitivo, no siendo viable que Colpensiones deba asumirla; tampoco puede pensarse que, por haberse generado rendimientos en la cuenta de ahorro individual del actor no hay lugar a ordenar la indexación, puesto que estos no compensan la devaluación.

Lo anterior, no genera ningún detrimento ni un desequilibrio para Colpensiones, 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).

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 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 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

Se condenará en costas y agencias en derecho de segunda instancia a Colpensiones por no haber prosperado en su integridad el recurso formulado por ésta en contra de la sentencia de primera instancia.

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 NUMERAL TERCERO de la sentencia proferida por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en el sentido de **CONDENAR a SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, trasladar a **COLPENSIONES** y esta a su vez a recibir por parte de aquella, 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 accionante en su cuenta de ahorro individual, durante el tiempo en que el demandante estuvo afiliada a esta 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.

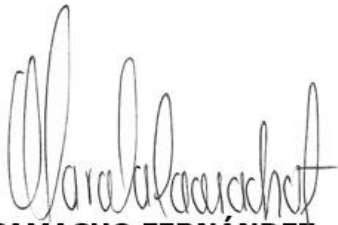
SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES 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 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	11001310502020220033201
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	BRANLEY PADILLA ÁLVAREZ
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 días (31) días del mes de agosto 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 **BRANLEY PADILLA ÁLVAREZ** se **declare** la ineficacia de su traslado del régimen de prima media con prestación definida (en adelante RPM) al de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS) efectuado con Porvenir S.A., por el incumplimiento al deber de información. Como consecuencia de lo anterior, pretende que se **condene** a Porvenir S.A. devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de su afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, gastos de administración, frutos e intereses con todos sus rendimientos y que a su vez se **ordene** al fondo público a activar su afiliación y a recibir todos los dineros provenientes de la AFP.; 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 (fº 1 a 18 archivo 01, carpeta 1ª inst. exp. digital), señaló en síntesis, que nació el 12 de noviembre de 1959; que se

afilió al ISS hoy Colpensiones al inicio de su vida laboral; que el 10 de junio de 1994, se trasladó al RAIS con Porvenir S.A.; que al momento del traslado de régimen el asesor de la AFP le indicó que su mesada pensional sería mayor, que se podría pensionar a la edad que deseara, que el ISS se liquidaría por lo que podría perder sus ahorros y, en general, no efectuó una asesoría profesional, completa, clara, suficiente y oportuna que le permitiera conocer las características, condiciones y riesgos reales de trasladarse al RAIS, así como tampoco los requisitos para acceder a las prestaciones económicas que ofrecía el sistema pensional. Sostuvo que el día 07 de marzo de 2022, radicó derechos de petición ante Porvenir y Colpensiones solicitando la declaratoria de ineficacia del traslado al RAIS y el retorno al RPM, las cuales fueron contestadas de manera negativa por ambas entidades.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (f°1 - 45 archivo 05 carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que el actor nació el 12 de noviembre de 1959; que estuvo afiliado al ISS hoy Colpensiones; que posteriormente, el día 10 de junio de 1994, se trasladó al RAIS con Porvenir; que el 07 de marzo de 2022, el demandante radicó derecho de petición ante Colpensiones solicitando la declaratoria de ineficacia del traslado al RAIS y el retorno al RPM, la cual fue contestada de manera negativa. Respecto de los demás hechos indicó 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 32 archivo 04, 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, restituciones mutuas y excepción genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 21 de febrero de 2023 (archivos 08 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 el señor BRANLEY PADILLA ÁLVAREZ a la AFP PORVENIR el 01 DE JULIO DE 1994, conforme a lo considerado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: DECLARAR como aseguradora del demandante BRANLEY PADILLA ÁLVAREZ para los riesgos de invalidez, vejez y muerte a LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES como actual y única entidad administradora del RPM.

TERCERO: ORDENAR a la AFP PORVENIR S.A a DEVOLVER los aportes girados a su favor por concepto de cotizaciones obligatorias a pensiones del afiliado BRANLEY PADILLA ÁLVAREZ, junto con los rendimientos financieros causados, con destino a COLPENSIONES y los bonos pensionales si los hubiese a su respectivo emisor.

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

QUINTO: CONDENAR en costas a COLPENSIONES y a la AFP PORVENIR S.A. Tásense por Secretaría incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a TRES (3) Salarios Mínimos Mensuales Legales Vigentes, pagaderos 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 con radicado 31989-31314, a partir de la cual la Corte había replicado que cuando no había información suficiente en un traslado de fondo pensional la consecuencia jurídica era la declaratoria de ineficacia, conforme las sentencias CSJ SL 373 – 2021, SL1452-2019, SL1055-2022, SL 4189-2018.

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.

En ese orden de ideas, adujo que en este caso se debía analizar si al actor se le brindó una información suficiente, clara, completa, oportuna y comprensible sobre las características de los dos regímenes pensionales, pero principalmente las consecuencias reales de abandonar el RPM, al cual estaba vinculado, carga de la prueba que estaba en cabeza de la AFP. Preciso que pese a ello en el expediente no existía prueba del cumplimiento de tal deber, pues sólo se aportó documento de solicitud de afiliación que no permitía comprobar cuál fue la asesoría suministrada, por lo que concluyó que en este caso no hubo libertad informada y que por tanto debería declararse la ineficacia del traslado, que la aseguradora de los riesgos de vejez, pensión o muerte del actor era Colpensiones y que condenaría a Porvenir S.A. a retornar a tal fondo público los aportes que hubiese efectuado el demandante, junto con sus rendimientos.

Respecto de los gastos de administración, determinó que aunque los mismos no fueron pretendidos en la demanda, lo cierto era que en todo caso su restitución no era procedente debido a que los mismos estaban establecidos para todos los fondos incluidos Colpensiones, máxime cuando estaban compuestos en más de la mitad por el pago de la prima de los seguros previsionales, cuyo objeto y cobertura ya fueron causados.

Respecto de la prescripción refirió que no prosperaría tal excepción debido a que la ineficacia estaba asociada a un derecho imprescriptible como lo es el de la seguridad social.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES presentó recurso de apelación, solicitando que se revocara la decisión en su integridad. Para tal efecto, argumentó que el a quo estaba vulnerando la prohibición contenida en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993; que el traslado se efectuó conforme a derecho, cumpliendo con los requisitos normativos vigentes para la época, con objeto y causa lícita; que no hubo lesión en el derecho constitucional de la seguridad social; que la única motivación del actor para iniciar el proceso judicial era obtener una mesada pensional más alta, lo que no era un argumento válido para declarar la ineficacia de un traslado; que no hubo falta al deber de información debido a que al demandante se le dio una asesoría completa y que muestra de ello era que él decidió permanecer por más de 25 años en el RAIS.

Adujo que, el *a quo* no tuvo en cuenta que el RPM era un régimen subsidiado, por lo que trasladar a personas que nunca habían aportado al mismo ad- portas de pensionarse, afectaría la sostenibilidad pensional de quienes han permanecido sin interrupciones en tal régimen. Aunado a ello, solicitó que la condena en costas sea revocada en razón a que Colpensiones no había participado en el acto que se declaró ineficaz y que los dineros de esta entidad solo podían ser usados para el pago de mesadas pensionales. Finalmente, agregó que contrario a lo indicado por el *a quo*, la AFP si debía devolver los gastos de la administración o cualquier tipo de rubro que haya manejado.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación presentado por Colpensiones, así como el grado jurisdiccional de consulta a 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., 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 **BRANLEY PADILLA ÁLVAREZ** nació el 12 de noviembre de 1959 (f° 26 - archivo 01 de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); *ii)* que estuvo afiliado al ISS desde el 31 de enero de 1985 hasta junio de 1994 (f°73 archivo 04 de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); *iii)* que el 10 de junio de 1994, solicitó el traslado al RAIS con Porvenir a través del diligenciamiento de un formulario de afiliación, el cual se hizo efectivo a partir del **01 de julio de 1994** (f°35 archivo 04, de la carpeta 1ª inst. exp. Digital, administradora a la que continúa afiliado.

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 que el actor se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad **–01 de julio de 1994–**, 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).

En este sentido, aun cuando en el expediente obra el formulario de solicitud de afiliación de la AFP Porvenir, de él solo se advierte la fecha de su diligenciamiento, los datos personales y laborales del actor, 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).

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 esta administradora suministrar la información con el detalle que se requiere, esta 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 fondos de pensiones de informar de forma 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 parágrafo del artículo 18 del Decreto 656 de 1994. Este último, textualmente establece: *«PARÁGRAFO. 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»*

Ahora bien, 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 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 observa que, conforme lo indicó Colpensiones en su recurso de apelación, el a quo no ordenó el reembolso de estos gastos de administración y demás emolumentos descritos previamente, por lo que, se procederá a ADICIONAR el numeral tercero, a efectos de imponer tal condena a Porvenir, pues de lo contrario, se estaría generando una afectación económica a Colpensiones, en beneficio de la AFP que promovió el traslado en condiciones irregulares.

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 el accionante 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.

Se precisa además que dichos valores deben ser indexados, pues por el transcurso del tiempo han sufrido pérdida del valor adquisitivo, no siendo viable que Colpensiones deba asumirla; tampoco puede pensarse que, por haberse generado rendimientos en la cuenta de ahorro individual del actor no hay lugar a ordenar la indexación, puesto que estos no compensan la devaluación.

Lo anterior, no genera ningún detrimento ni un desequilibrio para Colpensiones, 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).

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 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 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

Se condenará en costas y agencias en derecho de segunda instancia a Colpensiones por no haber prosperado en su integridad el recurso formulado por ésta en contra de la sentencia de primera instancia.

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,

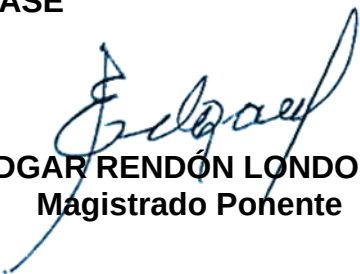
RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR NUMERAL TERCERO de la sentencia proferida por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en el sentido de **CONDENAR a SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, trasladar a **COLPENSIONES** y esta a su vez a recibir por parte de aquella, 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 accionante en su cuenta de ahorro individual, durante el tiempo en que el demandante estuvo afiliada a esta 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.

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

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES 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 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	11001310502320220023701
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	DANIEL ARTURO MORALES CAMARGO
DEMANDADO	- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES - ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

En Bogotá D. C. a los Treinta y uno (31) días del mes de julio 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 **Daniel Arturo Morales Camargo** se **declare** la nulidad de su 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; que como consecuencia de lo anterior, se le **ordene** a esta a trasladar a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido en su cuenta de ahorro individual; que se **ordene** a Colpensiones tenerlo como afiliado del 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 nació el 14 de febrero de 1961; que desde el inicio de su vida laboral se afilió al Sistema General de Pensiones con Colpensiones acumulando un total de 160.43 semanas; que en agosto de 2003, se trasladó al RAIS con Protección S.A.; que a la fecha de la presentación de la demanda contaba con un total de 1.111,86

semanas de cotización; que previo a la afiliación el asesor de esa AFP le indicó que el ISS se liquidaría, por lo que debía elegir un fondo privado o perdería sus semanas cotizadas y que al momento del cambio la AFP no efectuó una asesoría profesional, completa, clara, suficiente y oportuna que le permitiera conocer las características, condiciones y riesgos reales de trasladarse al RAIS, así como tampoco los requisitos para acceder a las prestaciones económicas que ofrecía el sistema pensional; que la mesada pensional que obtendría de pensionarse en el RAIS sería significativamente inferior a la que recibiría de haber permanecido en el RPM.

Narró que presentó derecho de petición ante Colpensiones solicitando la ineficacia del traslado efectuado del RPM al RAIS con Protección, el cual fue contestado de manera negativa por esta entidad.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (f° 1 – 17 archivo 13, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que el actor nació el 14 de febrero de 1961, que al inicio de su vida laboral se afilió a Colpensiones acumulando un total de 160,43 semanas y que el demandante formuló derecho de petición solicitando la ineficacia de su afiliación al RAIS y el retorno al RPM, el cual fue contestado de manera negativa. Respecto de los demás hechos, indicó que no le constaban.

Como excepciones de mérito, propuso las de la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema, buena fe de Colpensiones, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción e innominada o genérica.

La **AFP PROTECCIÓN S.A.**, contestó (f° 1 – 30 archivo 14, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que el actor nació el 14 de febrero de 1961; que a la fecha de la presentación de la demanda éste contaba con un total de 1.111,86 semanas de cotización y que había presentado derecho de petición ante Colpensiones encaminado a que se tuviera como ineficaz su afiliación al RAIS y se le retornara al RPM. Respecto de los demás hechos, indicó que no eran ciertos o que no le constaban.

Planteó 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, 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 derecho de terceros de buena fe, 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 y porque afecta derecho de terceros de buena fe, y la innominada o genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 13 de marzo de 2023 (f° 1 – 17 archivo 19- 20, carpeta 1ª inst. exp. digital), resolvió:

PRIMERO: ABSOLVER a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., de todas y cada una de las pretensiones incoadas en la demanda.

SEGUNDO: CONDENAR EN COSTAS a la parte demandante.

Para fundamentar su decisión sostuvo que, los afiliados al Sistema Pensional de Seguridad Social contaban con el derecho de escoger libremente el régimen al que deseaban pertenecer, conforme lo preceptúa el literal e) del artículo 13 Ley 100 de 1993; que el artículo 1604 del Código Civil consignaba que la prueba de la diligencia o cuidado incumbía al que ha debido emplearlo, de manera que al ser las administradoras de fondos de pensiones las que debían cumplir con el deber de información, a ellas les correspondía acreditar tal cumplimiento.

Advirtió que, como pruebas documentales referentes a la afiliación del demandante al RPM y posterior traslado al RAIS, se encontraban el formulario de afiliación a Protección S.A., una reasesoría del 21 de enero de 2013, simulador pensional de 24 de enero del mismo año y el certificado de SIAFP, de las cuales se establecía que el demandante estuvo afiliado al RPM hasta el 31 de julio del año 2003, cuando decidió trasladarse al RAIS, administrado por Protección S.A., con fecha de efectividad del 01 de agosto de 2003.

Expuso que, la Corte Suprema de Justicia ha determinado que era un deber de las administradoras de pensiones brindar una información completa, suficiente y necesaria respecto de las características, condiciones y diferencias de estos regímenes

pensionales e igualmente sobre las reales implicaciones que conllevarían dejar el régimen anterior y las posibles consecuencias futuras; que desde el 2008 esa Corporación ha venido afianzando de forma pacífica su línea jurisprudencial que ha ratificado en sentencias SL4981-2018 y SL 1452 -2019, entre muchas otras.

Advirtió que, en el evento en que las AFPs no acreditasen el cumplimiento del deber de información, se debía declarar la ineficacia del traslado. Sin embargo, precisó que lo anterior no podía seguirse de manera mecánica, pues debían atenderse a las circunstancias específicas de cada caso. En este sentido, destacó que, como pruebas del traslado, además del formulario de afiliación, Protección S.A. también allegó un documento llamado reasesoría pensional de fecha 21 de enero de 2013, suscrito por el señor Daniel Arturo Morales, el cual no fue desconocido ni tachado y en el que se avizoraba que esa AFP le informó de manera oportuna que no le convenía permanecer en Protección S.A., que le resultaría más beneficioso estar en el ISS y efectuó la respectiva proyección pensional que arrojaba una menor mesada en el RAIS, cuya diferencia no era tan significativa en comparación con la mesada del RPM debido a que para la data en que se realizó el cálculo el IBL del actor era de \$1.500.000.

Señaló que, aunque era cierto que no se verificaba que a la fecha del traslado se hubiese dado una debida asesoría, no podía desconocerse que de manera oportuna la AFP realizó una reasesoría, sin que el actor hubiese determinado retornar al RAIS, por lo que debía concluirse que la entidad demandada dio una información completa y necesaria ya que le advirtió al actor sobre las implicaciones y trascendencia de la decisión de continuar afiliado al RAIS.

Consideró entonces que en este caso en particular no era posible acceder a las pretensiones de la demanda y, por tanto, procedió a absolver a las demandadas de todas las pretensiones incoadas.

RECURSO DE APELACIÓN

El **demandante** interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia solicitando que se revocara en su integridad. Para tal efecto, argumentó que la motivación fáctica y jurídica en la que se basó la decisión del a quo no obedecía a lo establecido por la Ley y se apartaba de los últimos pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia, pues tal como se demostró en el acervo probatorio, el actor al momento del traslado pese a haberse efectuado una reasesoría, no tenía plena consciencia de los efectos de tal acto, pues de haber sido así, hubiese decidido permanecer o retornar a Colpensiones.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación presentado por el demandante.

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 S.A., es ineficaz por falta de información, y si como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a COLPENSIONES 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 el señor **DANIEL ARTURO MORALES CAMARGO** nació el 14 de febrero de 1961 (f°4 archivo 04, carpeta 1ª inst. exp. digital); **ii)** que al inicio de su vida laboral se afilió al ISS hoy Colpensiones desde el 11 de marzo de 1983 hasta el 31 de julio de 2003 (f°47-49 archivo 14, carpeta 1ª inst. exp. digital); y **iii)** que el 05 de junio de 2023, suscribió formulario de afiliación con la AFP Protección, traslado que se hizo efectivo a partir del **1° de agosto de igual año** (f°43 archivo 14, carpeta 1ª inst. exp. digital) administradora a la que continúa afiliado.

INEFICACIA DEL TRASLADO

Previo a resolver lo pertinente, debe precisar la Sala, dos aspectos, el primero, que las administradoras de pensiones son las entidades 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, más aún si se tiene en cuenta 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. En este sentido, no puede perderse de vista 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).

El segundo punto es que las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. 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. En efecto, el Decreto 663 de 1993, «*Estatuto Orgánico del Sistema Financiero*», aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1° del artículo 97, la obligación de estas 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*». Igualmente, el párrafo del artículo 18 del Decreto 656 de 1994, textualmente se estableció: «*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.*» (negrilla fuera del texto original)

Así, para la fecha en que el accionante se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad –**01 de agosto de 2003**–, 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.**

Ahora, con ocasión del recurso de apelación formulado por la parte actora y con base en lo expuesto hasta el momento, deberá entonces la Sala determinar si Protección S.A. cumplió con la obligación de suministrar al accionante una información transparente, de manera que le hubiese permitido con el conocimiento suficiente para elegir el régimen que mejor se ajustara a sus intereses. Para tal efecto, deberán analizarse las pruebas documentales que obran en plenario, especialmente el formulario de afiliación, junto con el interrogatorio de parte rendido por el demandante.

En efecto, en el expediente obra el formulario de solicitud de afiliación de la AFP Protección S.A., del cual 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 esa 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. Sobre el particular, 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, al momento de efectuar el traslado primigenio 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).

Ahora bien, en este caso se tiene que a criterio del a quo, el incumplimiento del mentado deber de información al momento en que se suscitó el traslado fue subsanado con la reasesoría que efectuó Protección S.A. el 24 de enero de 2013, debido a que consideró que con ello se le advirtió al actor sobre las implicaciones de mantenerse en el RAIS, entre ellas, la obtención de una mesada pensional inferior a la que recibiría de retornar al RPM. Al respecto, considera esta Sala de decisión que la determinación del Juzgador es errada, conforme se puntualiza a continuación:

En primer lugar, cabe rememorar que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia ha determinado que las asesorías posteriores al traslado de régimen que reciba el afiliado no sanean el incumplimiento al deber de información que hubiese tenido lugar en el tránsito primigenio, toda vez que la

observancia de tal obligación debía analizarse en el momento en que el afiliado tomó la decisión de seleccionar el régimen pensional, de ahí que en un caso análogo al que nos ocupa la Alta Corporación estableció (sentencia CSJ SL2016-2022):

*En cuanto al formato de reasesoría pensional de 13 de noviembre de 2007, si bien es cierto que en él se consigna que a la demandante no le conviene permanecer en Protección, así como su elección de aplazar su decisión y la fecha límite de traslado, **este formato en modo alguno demuestra que, al momento de su traslado inicial, la accionante hubiese recibido información con las características que tiene explicadas la jurisprudencia de esta Sala.***

*En la sentencia CSJ SL1688-2019, reiterada en CSJ SL4705-2021, **esta Corporación indicó que el servicio de reasesoría al afiliado no sana el incumplimiento de la administradora de pensiones de su deber de información, dado que «la oportunidad de información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad».** Lo anterior es lógico, puesto que si el acto queda sancionado con la ineficacia desde 1996, lo que implica que para todos los efectos legales la accionante nunca abandonó el RPMPD, no puede luego la AFP mediante una reasesoría darle efectos retroactivos a un acto que no los tiene desde su nacimiento.*

*Por lo tanto, **el Tribunal también se equivocó al haber dado por sentado que una reasesoría brindada con posterioridad al cambio de régimen pensional, es un hecho indicativo de que la demandante recibió información antes de su traslado.** (negrilla y subrayado fuera del texto original).*

En segundo lugar, para esta Sala es oportuno precisar que en todo caso los documentos aportados por Protección S.A. que pretenden acreditar una reasesoría, no demuestran que al actor se le hubiesen explicado las características, condiciones, riesgos, ventajas y desventajas de continuar en el RAIS, ya que lo que se observa es que sólo contienen las proyecciones pensionales en uno y otro régimen, sin que de ellos se pueda extraer que se le hubiese ilustrado acerca del funcionamiento de cada uno, de la forma en que se financiaría su pensión en cada caso o de los requisitos necesarios para acceder a las prestaciones económicas que ofrecían, conforme se observa (f°44 archivo 14, carpeta 1ª inst. exp. digital):

REASESORÍA PENSIONAL
FONDO DE PENSIONES OBLIGATORIAS

964923

Protección
Pensiones y Cesantías

Ciudad	Bogotá	Departamento	Cundinamarca	Fecha de reasejería	21 de 01 de 2013
DATOS DEL CLIENTE					
Primer apellido	Hernández	Segundo apellido	Castro	Primer nombre	Daniel
Segundo nombre	Arturo				
☒ C.C. Número	19476923	☐ Edad mujeres	☐ Más de 46 años (últimos 10 años)	☐ 46 años (año III)	☐ Menos de 46 años
☐ C.E.		☐ Edad hombres	☐ Más de 51 años (últimos 10 años)	☒ 51 años (año II)	☐ Menos de 51 años
☐ Sin historia laboral	☐ Salario a junio 30/92	☒ Menor o igual a 665.000	☐ Tiene bono emitido	☐ Si	☒ No
☐ Mayor o igual a 665.000		☐ Años de servicio cotizados a abril 1 de 1994	☐ Mayor o igual a 15 años	☒ Menor o igual a 15 años	
MOTIVO POR EL QUE SOLICITA LA REASESORÍA					
☐ Recibió carta / comunicación ☐ Inquietud propia ☒ Invitación de ejecutivo ☐ Otro. Cuál?					
RESULTADO DEL CÁLCULO					
Después de realizar el cálculo, económicamente le conviene quedarse en Protección S.A. ? ☐ Si ☒ No					
La decisión del afiliado es		☐ Aplaza decisión			
☐ Se traslada al ISS		Soy consciente que tengo hasta día mes año FECHA LÍMITE para tomar mi última decisión de traslado hacia el régimen de prima			
☒ Se queda en Protección		media, y reconozco que la ley contempla que un afiliado no puede trasladarse de régimen cuando le falten 10 años o menos para cumplir			
☐ Gestión electiva sin firma del cliente		la edad para tener derecho a la pensión de vejez. En caso que no le convenga continuar en el RAI y aplaza la decisión de trasladarse al ISS, recuerde la importancia de realizar los trámites			
		antes del tiempo límite, si su decisión final es trasladarse.			
PARA USO INTERNO DE PROTECCIÓN					
☐ Reasejería vía teléfono-mail-fax ☐ Visita oficina Detallar gestión en observaciones					
Observaciones					
ACTUALIZACIÓN DE DATOS ☒ Si ☐ No INFORMACIÓN PENSIÓN VOLUNTARIA ☐ Si ☐ No					
Dirección		Teléfono		Correo electrónico	
DATOS DEL GESTOR QUE REALIZA LA REASESORÍA				Declaro que he recibido información y cálculos de mi pensión y que la información recibida es clara.	
Nombre		Cédula		Firma	
Eduardo A. Rodríguez		19476923		Daniel Hernández	
Oficina		Regional		Cédula	
Tenex		Bogotá		19476923 de 01 de 2013	

En tercer lugar, respecto de las proyecciones pensionales contenidas en los reseñados documentos considera esta Corporación que ni siquiera es claro que el demandante hubiese comprendido realmente qué significaban las iniciales “G.P.M.” consignadas como valor de la mesada pensional en el RAIS, ya que si bien en la parte inferior del documento se refiere que corresponden a la garantía de pensión mínima, lo cierto es que no existe constancia de que al actor se le hubiese dado una explicación sobre tal figura y mucho menos que se le advirtiera que ello implicaba que obtendría un salario mínimo de mesada:

Cálculo de pensión en el RAI a los 65 años	
Salario a Junio 30 de 1992	G.P.M.
Vir. Cuenta Individual a fecha de pensión	G.P.M.
Vir. Bono Pensional Capitalizado a fecha de pensión	G.P.M.
Tasa estimada de negociación	G.P.M.
Vir. Cupón principal negociado	G.P.M.
Vir. Mesada	G.P.M.
Porcentaje IBL	G.P.M.
Número de mesadas al año	G.P.M.
Ingresos anuales	G.P.M.
Pensión ISS	
Sin régimen de transición	
Edad de pensión	65
Valor de la pensión	\$1,024,403
I.B.L.	\$1,597,000
%I.B.L.	64.15 %
Fecha de pensión	10/02/2026
Número de mesadas al año	13
Ingreso Anual	\$13,317,239
Convenciones	
N/A: El afiliado no puede pensionarse anticipadamente a esta edad, porque el capital no le alcanza para financiar una pensión del 110% del SMLV a la fecha de la expedición de la ley 100 de 1.993, actualizado anualmente al IPC.	
GPM: El afiliado tendrá derecho a las garantías de pensión mínima del régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.	

Así las cosas, de los documentos bajo análisis no se evidencia que el demandante hubiese recibido una información clara, suficiente, transparente, cierta y detallada de los dos regímenes pensionales antes de su elección de trasladarse al RAIS como tampoco con posterioridad, de ahí que deba revocarse la decisión de primera instancia para en su lugar declarar la ineficacia del traslado, conforme lo solicitó la parte demandante en su recurso de alzada.

Bajo esta perspectiva, la declaratoria de ineficacia hace que las cosas vuelvan al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto de afiliación; o dicho en otros términos, el propósito es retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiera existido jamás, es decir con ineficacia *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 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 que se dispondrá su devolución a la Administradora de Pensiones Colpensiones.

Bajo el anterior contexto, conforme ya se enunció, se hace necesario **REVOCAR** la decisión de primera instancia para en su lugar, acceder a las pretensiones de la demanda en el sentido de declarar la ineficacia del traslado realizado por el demandante **DANIEL ARTURO MORALES CAMARGO** con efectividad a partir del **01 de agosto de 2023**, del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, por lo que se tendrá que el acto jurídico del traslado no produjo efectos, pues ante la violación del deber de información dicho acto no puede proyectarse en el mundo de las relaciones jurídicas, razón por la cual se impone el regreso automático del demandante al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES.

En consecuencia, se condenará a la AFP Protección a trasladar a COLPENSIONES y esta a su vez a recibir por parte de aquella, las cotizaciones recibidas

en su integridad por la afiliación del demandante, lo que incluye 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, los bonos pensionales si los hubiere 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 accionante en su cuenta de ahorro individual. 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 (CSJ SL1055-2022).

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 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).

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.

Así las cosas y sin más consideraciones, se revocará la sentencia de primer grado en la forma antes anotada.

COSTAS

Las de ambas instancias a cargo de las demandadas Colpensiones y AFP Protección, como quiera que el recurso de apelación salió avante y en virtud del numeral 4 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: REVOCAR la sentencia emitida por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá el 13 de marzo de 2023 para en su lugar, **DECLARAR** la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por el señor **DANIEL ARTURO MORALES CAMARGO** al régimen de ahorro individual el cual se hizo efectivo a partir del 1° de agosto de 2003, por intermedio de la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, en consecuencia, declarar válida la afiliación al régimen de prima media con prestación definida, administrado por **COLPENSIONES**.

SEGUNDO: CONDENAR a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, a trasladar a COLPENSIONES y ésta a su vez a recibir por parte de aquella, las cotizaciones recibidas en su integridad desde el 1° de agosto de 2023 en adelante, lo que incluye 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, los bonos pensionales si los hubiere 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 accionante en su cuenta de ahorro individual. 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: CONDENAR a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** a activar la afiliación del demandante en el régimen de prima media con prestación definida y a actualizar su historia laboral.

CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las entidades demandadas conforme a lo motivado.

QUINTO: COSTAS en ambas instancias a cargo de **COLPENSIONES** y la **AFP PROTECCION S.A.**

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 y de la AFP Protección, la suma de \$1.160.000, para cada una.



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente