



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 024 2021 00529 01
DEMANDANTE: MARGARITA ROSA MOLANO AGUILAR
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE FONDOS
DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por las demandadas AFP Porvenir y Colpensiones, contra la sentencia proferida por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 27 de enero de 2023. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

La accionante pretende que se declare la ineficacia del traslado y la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS), a través de la AFP Porvenir S.A. En consecuencia, se condene a la AFP a trasladar todos los aportes, junto con sus rendimientos, a Colpensiones y; a esta última, a activar la afiliación, aceptar y recibir el traslado de los aportes. Asimismo, se condene a las demandadas a pagar las costas y lo ultra y extra *petita*.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 11 de mayo de 1959. Estuvo afiliada al régimen de prima media desde el 27 de abril de 1987. Fue trasladada al RAIS el 1º de junio de 2003, a través de la AFP Porvenir S.A. Adujo que el fondo no le brindó una información adecuada y

completa acerca del RAIS, posibles riesgos, características, condiciones, acceso, servicios y diferencias frente al RPM; omitió brindarle información suficiente, adecuada y completa, sin que pudiera tener un comparativo de las ventajas y desventajas, sin considerar su edad y perfil de riesgo. Radicó reclamación administrativa, obteniendo respuesta negativa (expediente digital, archivo 01 fls. 5 a 24).

Al dar contestación, Colpensiones se opuso a las súplicas de la demanda en su contra. Admitió la data de nacimiento de la accionante, la afiliación al RPM, la reclamación administrativa y su respuesta. Manifestó que los restantes hechos no le constan. Formuló las excepciones de mérito que denominó: 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, improcedencia de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen, 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, y las demás declarables oficiosamente. Argumentó que la accionante se encuentra válidamente afiliada al RAIS al suscribir de manera voluntaria, consciente y sin presiones el formulario de afiliación a las AFP Protección y Porvenir; que está incurso en prohibición legal de retornar a prima media en razón de la edad y, no es beneficiaria del régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993; que todas las actuaciones de Colpensiones deben estar encaminadas en pro del cumplimiento del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema y; que no se configuró vicio del consentimiento (expediente digital, archivo 08 fls. 3 a 22).

La AFP Porvenir se opuso al éxito de las pretensiones. Frente a los hechos manifestó no constarle o no ser ciertos. Propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y, las declarables de oficio. En su defensa expuso que la afiliación de la demandante al fondo de pensiones Porvenir se efectuó de manera informada, libre de presiones o engaños, y voluntaria, siendo su traslado

válido, lo que se corrobora con el formulario de afiliación; además la demandante no es beneficiaria del régimen de transición (expediente digital, archivo 07 fls. 2 a 34).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 27 de enero de 2023 (expediente digital, documento 27), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación que hizo la señora MARGARITA ROSA MOLANO AGUILAR al régimen de ahorro individual a través de la sociedad administradora de fondos de pensiones y cesantías Porvenir, efectuada en el año 2003, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de la presente decisión.

SEGUNDO: DECLARAR que para todos los efectos legales la señora MARGARITA ROSA MOLANO AGUILAR nunca se vinculó al régimen de ahorro individual con solidaridad, contrario a ello siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.

TERCERO: ORDENAR a la sociedad administradora de fondos de pensiones y cesantías Porvenir, a trasladar a la administradora colombiana de pensiones Colpensiones, todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación que efectuó la señora MARGARITA ROSA MOLANO AGUILAR, como cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil. Ello significa que debe trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado junto con los rendimientos financieros, aportes para el Fondo de Garantía de pensión mínima, comisiones y gastos de administración debidamente indexados, conforme a lo motiva.

CUARTO: ORDENAR a la administradora colombiana de pensiones Colpensiones a recibir a la señora MARGARITA ROSA MOLANO como su afiliada, actualizar y corregir su historia laboral, una vez reciba los dineros que le debe trasladar la sociedad administradora de fondos de pensiones y cesantías Porvenir.

QUINTO: DECLARAR no probados los hechos sustento de las excepciones propuestas.

SEXTO: Sin condena en costas.

SÉPTIMO: En caso de que la administradora colombiana de pensiones Colpensiones no interponga recurso de apelación contra esta decisión, remítase al Superior para que se surta el grado jurisdiccional de consulta a su favor, por así disponerlo el artículo 69 Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social.

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP probó que al momento en que la demandante suscribió la vinculación, le brindó información suficiente comparada respecto a las características de ambos regímenes pensionales, por lo tanto, no se puede tener por acreditado el cumplimiento en del deber de información.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes, las demandadas apelaron lo resuelto.

La AFP Porvenir S.A. se opone a la condena de devolución por gastos de administración y los descuentos al Fondo de Garantía de pensión mínima de forma indexada, por cuanto resulta incompatible con los rendimientos generados.

Colpensiones manifiesta que debe tenerse en cuenta el principio de la relatividad jurídica, teniendo que Colpensiones es un tercero ajeno a los actos jurídicos celebrados entre la parte demandante y Porvenir, por lo que recibir a la actora como afiliada nueva al régimen de prima media afectaría gravemente el equilibrio financiero del sistema de Seguridad Social en pensiones. La demandante se encuentra inmersa en la prohibición de traslado en razón a la edad. De confirmarse la decisión, debe condenarse a la AFP a pagar perjuicios económicos a Colpensiones.

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

V. CONSIDERACIONES

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

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

el artículo 271 del mismo estatuto, señala las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, y ordena dejar sin efecto dicho acto, y realizar uno nuevo sin presiones.

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

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

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

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

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

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

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

VI. CASO CONCRETO

Según el reporte de semanas cotizadas expedido por Colpensiones, la actora se afilió al Instituto de Seguros Sociales el 27 de abril de 1987 (expediente administrativo, carpeta CC-20953795) y, migró al RAIS a través de la AFP Porvenir, el 8 de abril de 2003, con la suscripción de formulario de afiliación (expediente digital, documento 07, fl. 102).

Al absolver interrogatorio de parte la demandante señaló que en cuanto a su afiliación a Porvenir en el año 2003, estaba trabando en el Colegio Bilingüe Tierra Nueva, y llegaron un día de Porvenir, ofreciendo el traslado a los trabajadores. El asesor dijo que este fondo ofrecía seguridad para lograr la pensión y que les entregarían los ahorros que hubiesen logrado hasta la fecha de pensión. Fue una reunión de media hora más o menos. La motivación para retornar a Colpensiones es porque no se le ofreció la información que necesitaba dentro del tiempo estipulado, arguye que era una persona que tenía la edad y nunca le hablaron de eso, ni de las consecuencias. Actualmente tiene alrededor de 1900 semanas. Le dijeron que eso le podía quedar a su hija. Firmó el formulario de manera voluntaria y convencida de que había quedado en un lugar seguro. El asesor le dijo que Colpensiones iba a cerrar sus funciones y que era mejor pasarse al fondo privado. Después de unos años se enteró que Colpensiones estaba ofreciendo la oportunidad de devolverse, fue y le dijeron que ya no podía por la edad; pero al momento de la afiliación no le informaron sobre la imposibilidad de trasladarse cuando le hiciera falta menos de 10 años para cumplir la edad. Se enteró de la desmejora que tendría en Porvenir en el año 2020, que solamente iba a recibir un sueldo mínimo.

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

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

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

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

Por ello la Sala modificará la decisión de primera instancia, en tanto declaró la ineficacia de la afiliación, para declarar en su lugar la del traslado, porque este es el acto de vinculación inicial al sistema y las consecuencias jurídicas que se derivan del presente proceso, responden a la falta al deber de información al momento del traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad.

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

Por tanto, Porvenir S.A., deberá entregar a Colpensiones el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con los rendimientos, bonos pensionales y porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, a que haya lugar, los valores utilizados en seguros previsionales, con cargo a sus propias utilidades

(CSJ SJ SL2209-2021, CSJ SL2207-2021 y CSJ SL5686-2021), así como los gastos de administración y las comisiones (CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020, CSJ SL373-2021, CSJ SL5686-2021). Por ello, la sentencia será confirmada en esta parte, pero se adicionará en el sentido de indicar que, al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL2877-2020)..

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

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

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

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

Sin costas en este grado jurisdiccional, ni en la instancia, ante su no causación.

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral primero de la sentencia proferida por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 27 de enero de 2023, en el sentido de declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: ADICIONAR el numeral tercero de la sentencia recurrida, en el sentido de indicar que al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

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

CUARTO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia del *a quo*

QUINTO: Sin COSTAS en la consulta ni en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada
Con aclaración de voto



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 026 2021 00501 01
DEMANDANTE: ORLANDO TAMAYO CASTAÑEDA
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. PENSIONES Y
CESANTÍAS Y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE
PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala decide los recursos de apelación interpuestos por la demandada AFP Porvenir S.A. contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 21 de marzo de 2023. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

El accionante pretendió que se declare la ineficacia o, en subsidio, la nulidad o inexistencia, del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, a través de la AFP Colfondos y la efectuada con Porvenir S.A. posteriormente. En consecuencia, se ordené a los fondos demandados, a devolver todas las sumas de dinero, bonos pensionales, cotizaciones, sumas adicionales recibidas por concepto de aportes obligatorios, voluntarios, rendimientos y gastos de administración, a Colpensiones y; a esta última, a reactivar su afiliación sin solución de continuidad, recibir las sumas devueltas y actualizar y corregir su historia laboral. Así mismo, se condene a los fondos al reconocimiento y pago de perjuicios morales, y se condene a las demandas en costas.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 20 de mayo de 1959; se afilió al sistema régimen de prima media a través del ISS desde el año 1993. El día 25 de enero del 2000, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de formulario de afiliación con Colpatria pensiones y cesantías, hoy Porvenir y, posteriormente, el 28 de junio del 2006, con Colfondos S.A. Aduce que su traslado obedeció a no recibir información completa, necesaria, veraz, transparente y oportuna, pues ante la desinformación consideró que el RAIS le era mucho más beneficioso. Manifiesta que los asesores no contaban con título ni formación profesional, o con capacitación adecuada; no le explicaron las características del régimen, un comparativo, riesgos, modalidades, bono pensional, funcionamiento financiero, factores a tener en cuenta para la mesada, entre otras, ni sobre el derecho de retracto; que además fue engañado, pues le indicaron que su condición pensional sería más ventajosa y que el Régimen de Prima Media desaparecería. Colfondos le realizó proyección pensional arrojando que a sus 63 años, tendría Garantía de pensión mínima, mientras que en Colpensiones su mesada pensional ascendería a \$2'770.088. Elevó solicitud a las demandadas, obteniendo respuesta negativa (expediente digital, archivo 01, fls. 10 a 29).

Al dar contestación, Colpensiones se opuso a las súplicas de la demanda en su contra. Admitió la data de nacimiento del demandante, su afiliación al ISS, la solicitud de nulidad y la respuesta negativa. Manifestó que los restantes hechos no le constan. Formuló como excepciones de mérito las de inexistencia afectación por protección judicial SL 373-2021, perfeccionamiento actos de relacionamiento, perfeccionamiento del acto inexistente, saneamiento nulidad, protección sostenibilidad fiscal y equilibrio financiero, inexistencia del derecho, pago de lo no debido, prescripción y caducidad y las demás declarables oficiosamente. Argumentó que el traslado de régimen se llevó a cabo de manera libre, espontánea y sin presiones, lo que se corrobora con la suscripción del formulario; el accionante no es beneficiario del régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993 y; que está incurso en prohibición legal de retornar a prima media en razón de la edad (expediente digital, archivo 08 fls. 2 a 25).

La AFP Porvenir se opuso al éxito de las pretensiones. Frente a los hechos manifestó no constarle o no ser ciertos. Propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y, las declarables de oficio. En su defensa expuso que la afiliación del demandante al fondo de pensiones Porvenir se efectuó de manera informada, libre de presiones o engaños, y voluntaria, siendo su traslado válido, lo que se corrobora con el formulario de afiliación y la vinculación a varias administradoras de fondos de pensiones privadas; además el demandante no es beneficiario del régimen de transición (expediente digital, archivo 11 fls. 3 a 47).

Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías rechazó las peticiones del escrito inaugural. Admitió la petición de traslado y su respuesta. Manifestó que no son ciertos o no le constan los demás hechos. Formuló las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago, nadie puede ir en contra de sus propios actos, inexistencia de prueba de perjuicios, inexistencia de perjuicios, prescripción de la acción para solicitar la indemnización de perjuicios y, las declarables de oficio. Sostuvo que el traslado se realizó al amparo de la normativa vigente para la época y fue resultado de la voluntad libre y espontánea del demandante, persona plenamente capaz, quien no hizo uso del derecho de retracto, por lo tanto, no existió vicio del consentimiento. Finalmente, el actor no es beneficiario del régimen de transición (expediente digital, carpeta 14 fls. 5 a 52).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo del 21 de marzo de 2023 (expediente digital, archivo 21), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR ineficaz el traslado efectuado por el demandante ORLDANDO TAMAYO CASTAÑEDA al régimen de ahorro individual con solidaridad, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR al fondo de pensiones COLFONDOS 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. Lo anterior, debidamente indexado y con cargo a sus propios recursos.

TERCERO: CONDENAR al fondo de pensiones PORVENIR a transferir a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES los dineros descontados por gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y de sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima. Lo anterior, debidamente indexado y con cargo a sus propios recursos.

CUARTO: 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.

QUINTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas.

SEXTO: CONDENAR en costas de esta instancia a los fondos de pensiones COLFONDOS y PORVENIR, a razón de un cincuenta por ciento (50%) a cargo de cada una, fijándose como agencias en Derecho la suma de UN MILLÓN DE PESOS (\$1'000.000).

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP no demostró haber brindado al momento de la afiliación información clara, suficiente, oportuna y eficaz, siendo el fondo quien debe suministrar la información necesaria para que la afiliación esté precedida de un consentimiento debidamente informado.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la demandada AFP Porvenir S.A., se opone a la devolución de gastos de administración, pues considera que no forman parte integral de la pensión de vejez, toda vez que no le corresponden estos valores a los afiliados, correspondiendo a sumas por la gestión de la administradora. Son sumas de tracto sucesivo por ello están sujetos a la prescripción; además son valores que no se encuentran bajo sus arcas. Igualmente se opone a la indexación, por cuanto afirma que con el traslado de los rendimientos se compensa la depreciación del poder adquisitivo de la moneda que pudiese haberse generado en los emolumentos a retornar.

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

adversa a Colpensiones entidad de la cual es garante la Nación, también es procedente abordar su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

V. CONSIDERACIONES

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

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

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

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

De la misma manera, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 previó que *“los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de*

la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.”

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

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

Igualmente, señaló el máximo Órgano de cierre de esta jurisdicción que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen

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

VI. CASO CONCRETO

Se encuentra demostrado en el proceso que el actor estuvo afiliado y cotizó al Instituto de Seguros Sociales desde el 27 de diciembre de 1993 (expediente administrativo, archivo 8¹), y migró al RAIS, el 25 de enero de 2000, a través de la AFP Colpatria, hoy Porvenir, mediante la suscripción de formulario de vinculación (expediente digital, archivo 11 fls. 115); posteriormente, cambió horizontalmente a la AFP Colfondos S.A., a partir del 28 de junio de 2006 (expediente digital, documento 14, fls. 53 y 55).

Al absolver interrogatorio de parte el demandante señaló que para el traslado con Colpatria, habló con el asesor de manera individual en su puesto de trabajo. Recuerda que le dijo que Colpensiones estaba en quiebra y que por ahí no podría pensionarse; no tuvo asesoría adicional a esa, no le indicó beneficios ni más información. Leyó el formulario, pero, aunque no comprendió cosas no las vio relevantes en ese momento. Incluyó beneficiarios, pero no tiene idea para qué. No se había trasladado nuevamente a Colpensiones porque solo ahora se enteró de sus condiciones. Dice que los fondos privados llegaban a su oficina. No tuvo re asesorías tampoco. No se le explicaron características, modalidades de pensión, forma de liquidación, capital mínimo ahorrado. No tiene claro ni siquiera porqué se trasladó de régimen. No sabe qué le ofrecieron en ese momento, pero dice que ahora que se enteró todo es nuevo para él.

¹ GEN-ANX-CI-2021_10494450-20210910100039

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

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

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

De otra parte, la teoría de los actos de relacionamiento materializados con la permanencia en el RAIS y las cotizaciones realizadas no aplica en los asuntos de ineficacia de traslado por resultar posteriores al acto jurídico inicial, tampoco la inobservancia de los deberes del afiliado como consumidor financiero. *«Se reitera que el estudio de la acción de ineficacia se centra en el cumplimiento del deber de información en el traslado inicial que realizó la persona afiliada, y este desacato es lo que genera por sí mismo la ineficacia en los términos del artículo 271 de la Ley 100 de 1993.»* (CJS SL 5686-2021).

Importa resaltar que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha adoctrinado que en tratándose de afiliados, los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital

ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos debieron ingresar a RPM, criterio que igualmente es aplicable frente al porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima (CSJ SL2209-2021).

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

Cumple agregar que no es posible eximir de responsabilidad a la AFP Porvenir S.A. de trasladar a Colpensiones las sumas de dinero descontadas por concepto de gastos y cuotas de administración, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales mientras el demandante estuvo vinculado a este fondo, dado que la declaración de ineficacia los obliga a devolver dichos rubros con cargo a sus propias utilidades *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (CSJ SL 5205-2020 CSJ SL 5680-2021). Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante

que los justifiquen (CSJ SL2877-2020). En consecuencia, la sentencia igualmente será adicionada en este aspecto.

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

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

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

No se causan costas en este grado jurisdiccional, ni en la instancia.

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR los numerales segundo y tercero de la sentencia proferida por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 21 de marzo de 2023, en el sentido de indicar que al momento de cumplir la orden Colfondos S.A. y Porvenir S.A. deberán discriminar los conceptos con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado.

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

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

CUARTO: Sin COSTAS en la consulta ni en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada
Con aclaración de voto
026 2021 00501 01



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 026 2022 00021 01
DEMANDANTE: GLADYS MARIEN NIETO SÁNCHEZ
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE FONDOS
DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la demandada AFP Porvenir S.A. contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 9 de marzo de 2023. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

La accionante pretende que se declare la nulidad de la afiliación y traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) a través de Porvenir S.A. En consecuencia, se condene a la AFP a devolver todos los valores recibidos por la afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos y, gastos de administración. Así mismo, se condene a lo ultra y extra *petita* y las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que fue afiliado al sistema de seguridad social en pensiones a partir del 2 de septiembre de 1988, a través de la Caja de Previsión Municipal, posteriormente realizó aportes a través de Cajanal desde el 6 de febrero de 1990. El 9 de mayo de 2000, se trasladó al régimen de ahorro individual a través de la AFP Porvenir S.A., aduce que en el momento de la afiliación y traslado, el promotor del fondo

solo se limitó a llenar un formulario preestablecido, sin entregarle información completa, veraz, adecuada, suficiente y cierta, respecto a prestaciones económicas y beneficios del RAIS, consecuencias, proyecciones, comparativos; por el contrario le indicó que podría pensionarse en edad más temprana, con mejor mesada pensional y que el régimen de prima media iba a desaparecer. Elevó petición a las demandadas obteniendo respuestas negativas. De haber seguido cotizando en el RPM su mesada pensional ascendería a \$2'479.218, mientras que en el RAIS lo sería de \$877.804 (expediente digital, documento 02 fls. 3 a 36).

Al dar contestación, Colpensiones se opuso a las súplicas de la demanda en su contra. Admitió la solicitud elevada y la respuesta negativa. Manifestó que los restantes hechos no le constan. Formuló como excepciones de mérito 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, las demás declarables oficiosamente. Argumentó que el traslado de régimen se llevó a cabo de manera libre, espontánea y sin presiones, lo que se corrobora con la suscripción del formulario; el accionante no es beneficiario del régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993 y; que está incurso en prohibición legal de retornar a prima media en razón de la edad (expediente digital, archivo 15 fls. 2 a 15).

La AFP Porvenir S.A., rechazó el éxito de las pretensiones. Frente a los hechos aceptó la solicitud elevada, sin que se haya hecho traslado al RPM. Manifestó no constarle o no ser ciertos los restantes. Propuso las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y, buena fe. En su defensa expuso que la afiliación de la demandante al fondo de pensiones Porvenir se efectuó de forma consciente y espontánea, sin presiones o apremios de ninguna naturaleza y con el cumplimiento de todos los requisitos exigidos por las normas que se hallaban vigentes para la fecha en que se produjo, lo que se corrobora con el formulario de afiliación; que el demandante también tenía el deber de informarse sobre el traslado de régimen y sus consecuencias; que durante su vinculación

como afiliado de la AFP no revirtió su decisión, pese a que contaba con la posibilidad (expediente digital, archivo 11 fls. 4 a 41).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 9 de marzo de 2023 (expediente digital, documento 21), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR ineficaz el traslado efectuado por la demandante GLADYS NIETO SÁNCHEZ al régimen de ahorro individual con solidaridad, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR al fondo de pensiones PORVENIR a transferir a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES la totalidad de los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual de la actora, junto con sus rendimientos financieros causados, el porcentaje correspondiente a gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y de sobrevivencia, y 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 la 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 Porvenir. Fijándose como agencias en derecho la suma de un millón de pesos (\$1'000.000).

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP no demostró haber brindado al momento de la afiliación información suficiente, clara y oportuna, con el fin de que se encuentre demostrado un consentimiento debidamente informado, carga de la prueba que le incumbía.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la AFP Porvenir S.A. arguyó que el traslado de régimen pensional efectuado por la demandante para mayo del año 2000 se realizó de manera libre, voluntaria y consciente, con la AFP, tal como se expresa en el formulario de afiliación suscrito, cumpliendo las exigencias legales para esa época. Deben estudiarse las restituciones mutuas que

correspondan con respecto de Colpensiones pues los rendimientos financieros, corresponden a sumas por la debida gestión de la administradora. Se opone a la devolución de gastos de administración, pues considera que no forman parte integral de la pensión de vejez, que fueron pagadas a la respectiva aseguradora en su momento. Igualmente se opone a la indexación, por cuanto afirma que con el traslado de los rendimientos se compensa la depreciación del poder adquisitivo de la moneda que pudiere haberse generado en los emolumentos a retornar.

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

V. CONSIDERACIONES

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

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

El Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen de la demandante, previó en el numeral 1 del artículo 97, la obligación de las entidades de seguridad social de suministrar a los usuarios la información necesaria, clara, veraz y objetiva para que se elijan las mejores

opciones del mercado. Así lo aleccionó la Sala de Casación Laboral en la sentencia, CSJ SL1688 de 2019, por citar solo un ejemplo.

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

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

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

Ese deber de información, según las reglas jurisprudenciales descritas, de acuerdo con la época en que se efectúa el traslado, incluye la

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

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

VI. CASO CONCRETO

Se encuentra acreditado en el expediente que la accionante estuvo afiliada a la Caja de Previsión Social Municipal, por cuenta de la Alcaldía Municipal de Fosca, Cundinamarca, del 2 de septiembre de 1988 al 15 de enero de 1990 (expediente administrativo, archivo 11¹, fl. 45) y continuó en el régimen de prima media, hasta el 31 de mayo de 2000 (expediente digital, archivo 11, fl. 96); cuando migró al RAIS, a través de la administradora Porvenir S.A., mediante formulario de vinculación suscrito el 9 de mayo de 2000 (expediente digital, documento 11, fl. 42 y 94).

¹ GJR-NOT-AF-2022_11843276-20220822021811.

Al absolver interrogatorio de parte la demandante señaló que en el año 2000 fue asesor de Porvenir a dar una charla en la alcaldía municipal, donde fueron invitados todos los empleados de esa dependencia y le dijeron estaba afiliada a Cajanal, que ésta se iba a acabar y que el seguro social también y que me trasladara al fondo, que daba muy buena rentabilidad, y que se podía pensionar antes si necesitábamos. No recuerda que le dijeron respecto de los aportes que tenía, le dijeron que incluyera su esposo e hijos, pero no sabe para qué. Fue una interacción máximo de 10 minutos mientras se llenó el formulario. No recuerda que le hayan explicado cómo iba a ser la pensión que le iban a dar, solo que iba a tener muchos más beneficios de los que iba a tener con el seguro, que se iba a pensionar antes del cumplimiento de la edad y que iba a tener un mayor monto de pensión. No le dijo cuáles eran los requisitos para pensionarse. No ha efectuado aportes voluntarios. No le dijeron aspectos negativos de pasarse al fondo.

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

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

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

solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos debieron ingresar a RPM, criterio que igualmente es aplicable frente al porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima (CSJ SL2209-2021).

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

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

Conforme a los rubros que se ordena trasladar se protege la sostenibilidad del sistema, dado que los aportes efectuados por el afiliado durante su vida productiva, con los cuales se edifica el financiamiento de la pensión, según los principios que inspiran el sistema de seguridad social, retornarán a RPM en su integridad, debidamente indexados, junto con los rendimientos y de ser necesario, con cargo a los recursos propios de cada AFP. De cualquier manera, Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a

causar de asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensión y así se indicará en la parte resolutive de esta providencia.

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

Sin costas en este grado jurisdiccional, ni en la apelación, ante su no causación.

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el numeral segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 9 de marzo de 2023, en el sentido de indicar que al momento de cumplir la orden Porvenir S.A. deberá discriminar los conceptos con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia en el sentido de **DECLARAR** que Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar de asumir la obligación

pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensión.

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

CUARTO: Sin COSTAS en la consulta ni en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada

Con aclaración de voto
026 2022 00021 01



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 028 2020 00038 02
DEMANDANTE: FRANCY HEREDIA MORENO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS
DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.,
COLFONDOS PENSIONES Y CESANTIAS S.A. Y
SKANDIA PENSIONES Y CESANTIAS S.A.

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la demandada Colpensiones, contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 6 de marzo de 2023. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

La accionante pretendió que se declare la nulidad o ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuada a través de la AFP Protección y, las efectuadas posteriormente con Skandia y Colfondos. En consecuencia, se ordenó a la AFP Colfondos a entregar bonos pensionales, aportes, cálculo actuarial, rendimientos financieros, intereses, comisiones, reintegro por cobro de administración y servicios financieros, a Colpensiones, y a ésta a recibir los valores y tenerla como afiliada sin solución de continuidad. Así mismo, se condene a las demandadas en costas.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 24 de junio de 1962. Se afilió al Instituto de Seguros Sociales en septiembre de 1980 hasta octubre de 1997, un total de 736.57 semanas cotizadas. Se trasladó al RAIS a través de Protección S.A., a partir del 1 de octubre de 1997; posteriormente se trasladó a Skandia en marzo de 2000, y luego a Colfondos en junio de 2008. Aduce que los asesores de los fondos privados faltaron al deber de información, limitándolo al diligenciamiento del formulario de traslado y al ofrecimiento de una mayor rentabilidad de ahorros en su cuenta individual, sin brindar información suficiente, cierta, oportuna y transparente para que comprometiera conscientemente su voluntad en el acto jurídico del traslado. Manifiesta que en el RPM recibiría una mesada pensional superior a la que recibirá en el fondo privado, según proyección efectuada por Colfondos. Presentó reclamación administrativa, obteniendo respuesta negativa por Colpensiones (expediente digitalizado, archivo 01, fls. 7 a 29).

Al dar contestación Colpensiones, se opuso a las súplicas de la demanda en su contra. Admitió la data de nacimiento de la demandante, su afiliación al ISS en las fechas indicadas, las semanas cotizadas al régimen de prima media, el traslado a Protección, la reclamación administrativa y su respuesta. Manifestó que los restantes hechos no le constan. Formuló como excepciones de mérito las de protección sostenibilidad fiscal y equilibrio financiero, inexistencia para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, buena fe y las demás declarables oficiosamente. Argumentó que la accionante no es beneficiaria del régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993; que está incurso en prohibición legal de retornar a prima media en razón de la edad; se encontraba frente a una mera expectativa y; que no se configuró vicio del consentimiento (expediente digital, archivo 05 fls. 2 a 16).

Skandia S.A., al contestar la demanda se opuso al éxito de las aspiraciones. De los hechos manifiesta no constarle ninguno. Propuso las excepciones que denominó: cobro de lo no debido por ausencia de causa e

inexistencia de la obligación, Skandia no participó ni intervino en el momento de selección de régimen, la demandante se encuentra inhabilitada para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado, ausencia de configuración de causales de nulidad, inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al RAIS, ausencia de falta al deber de asesoría e información, los supuestos facticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por la demandante, prescripción, buena fe y las demás declarables de oficio. En su defensa alegó que la demandante no acreditó los fundamentos fácticos para obtener la declaratoria de nulidad de la afiliación; que la elección fue libre y voluntaria y, se materializa con la suscripción del formulario de afiliación; aduce haber cumplido el deber de información a cargo de los Fondos de Pensiones y, que la demandante se encuentra en la prohibición legal de traslado en atención a la edad, sin que sea beneficiaria del régimen de transición (expediente digital, archivo 08 fls. 3 a 21).

Por su parte, la AFP Protección se opuso al éxito de las pretensiones. Frente a los hechos aceptó la data de nacimiento de la accionante, el traslado a Protección, la fecha de traslado a esta, y el traslado a Skandia en marzo del año 2.000 y, manifestó no constarle o no ser ciertos los demás. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, 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 el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y, la innominada o genérica. En su defensa expuso que brindó una asesoría completa, clara y comprensible a la demandante al momento de realizar su afiliación la cual se hizo conforme a la normatividad de la época y conforme a las exigencias existentes para ese momento, siendo su traslado válido, sin que existan vicios en el consentimiento; además nunca ejercicio de la facultad de regresar al RPM

y, por el contrario, se vinculó a otras administradoras de fondos de pensiones privadas (expediente digital, archivo 09 fls. 3 a 26).

Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías rechazó las peticiones del escrito inaugural. Admitió la fecha de nacimiento del demandante, el traslado a esta AFP, la proyección pensional y la petición de traslado. Manifestó que no son ciertos o no le constan los demás hechos. Formuló las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago, y las declarables de oficio. Sostuvo que el traslado se realizó al amparo de la normativa vigente para la época y fue resultado de la voluntad libre y espontánea de la demandante, persona plenamente capaz, quien no hizo uso del derecho de retracto, por lo tanto, no existió vicio del consentimiento. Finalmente, la actora no es beneficiaria del régimen de transición (expediente digital, carpeta 10 fls. 4 a 17).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo del 6 de marzo de 2023 (expediente digital, archivo 21), resolvió:

PRIMERO: : DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la señora FRANCY HEREDIA MORENO al régimen de ahorro individual con solidaridad de fecha 1º de diciembre de 1997, por intermedio de la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS DAVIVIR hoy PROTECCIÓN S.A. y, en consecuencia, declarar como afiliación válida la del régimen de prima media con prestación definida, administrado hoy por COLPENSIONES, tal como se dijo en las consideraciones de esta sentencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS S.A., a trasladar los aportes pensionales, cotizaciones o bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y seguro de invalidez y sobrevivencia, contenidos en la cuenta de ahorro individual de la señora FRANCY HEREDIA MORENO identificada con C.C. 51.666.007 a COLPENSIONES.

TERCERO: CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES a activar la afiliación de la 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 demandadas.

QUINTO: COSTAS DE ESTA INSTANCIA a cargo de las demandadas COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A., y COLFONDOS S.A. Sin costas a cargo de SKANDIA S.A. Se señalan como agencias en derecho la suma de \$1.500.000 a cargo de cada una de ellas y a favor de la parte actora.

SEXTO: En caso de no ser apelada la presente decisión, CONSÚLTESE CON EL SUPERIOR, por ser adversa a los intereses de COLPENSIONES.

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP no acreditó que el actor al momento de efectuar su traslado al régimen pensional hubiese recibido una asesoría completa y oportuna acerca de las reales implicaciones de su traslado, por lo que procede declarar la ineficacia deprecada.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme, la demandada Colpensiones manifestó que la afiliación de la demandante fue válida, toda vez que la misma con los requisitos establecidos en la normatividad vigente, esto es, el artículo 3 de la Ley 100 del 93, dado que se verificó que firmó de manera libre, voluntaria y sin presiones, el formulario de afiliación. Además, no es beneficiaria del régimen de transición y se encuentra en la prohibición legal por la edad; afirma que no existen vicios del consentimiento y se pudo traslucir que se dio cumplimiento al deber de información y; que con la permanencia en el RAIS dejó una intención clara de permanecer en este sistema. De confirmarse la sentencia, solicita se condene a la AFP a pagar un cálculo actuarial proporcional al total de las mesadas pensionales a pagar.

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

V. CONSIDERACIONES

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

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

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

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

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

La Sala de Casación Laboral, en proveído CSJ SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia CSJ SL 1688-2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y, por ello, el examen del acto de

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

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

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

prueba, y debe entonces la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional.

VI. CASO CONCRETO

Se encuentra demostrado en el proceso que la actora estuvo afiliada y cotizó al seguro social, hoy Colpensiones, desde el 19 de septiembre de 1980 al 31 de octubre de 1997 (expediente administrativo, archivo 06, fls. 16); migró al RAIS, a través de la AFP Davivir, hoy Protección S.A., mediante suscripción de formulario de vinculación, del 01 de octubre de 1997; posteriormente, cambió horizontalmente a la AFP Skandia, a partir del 06 de marzo de 2000 y; finalmente a Colfondos en abril de 2008 (expediente digital, carpeta 01, fls. 123,125)

Al absolver interrogatorio de parte la demandante señaló que todos los traslados a un fondo privado obedecieron a que la empresa en la que trabajaba, realizaba reuniones en las que las AFP brindaban información que a pesar de que no era clara, suficiente o completa era convincente; la demandante firmaba voluntariamente los formularios, sin tener claridad sobre el régimen y con la garantía de iba a tener una mejor rentabilidad al recibir su pensión de vejez. Se mantuvo en el RAIS por desconocimiento de información. Quiere retornar al régimen de prima media porque ahora se dio cuenta que el valor de su mesada sería muy superior, por lo que se siente engañada por los asesores que le aconsejaron. No tenía conocimiento de que a su nombre tendría una cuenta de ahorros individual ni, que pasaría con sus aportes si fallecía.

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

le permitiera a la afiliada conocer los efectos del traslado, acorde a su situación personal.

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

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

De otra parte, la teoría de los actos de relacionamiento materializados con la permanencia en el RAIS y las cotizaciones realizadas no aplica en los asuntos de ineficacia de traslado por resultar posteriores al acto jurídico inicial, tampoco la inobservancia de los deberes del afiliado como consumidor financiero. *«Se reitera que el estudio de la acción de ineficacia se centra en el cumplimiento del deber de información en el traslado inicial que realizó la persona afiliada, y este desacato es lo que genera por sí mismo la ineficacia en los términos del artículo 271 de la Ley 100 de 1993.»* (CJS SL 5686-2021).

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

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

Cumple agregar que no es posible eximir de responsabilidad a las AFP Protección S.A. y Skandia de trasladar a Colpensiones las sumas de dinero descontadas por concepto de gastos y cuotas de administración, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales mientras la demandante estuvo vinculada a este fondo, dado que la declaración de ineficacia los obliga a devolver dichos rubros con cargo a sus propias utilidades *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (CSJ SL 5205-2020 CSJ SL 5680-2021). En consecuencia, la sentencia será adicionada en este aspecto. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL2877-2020).

Importa señalar que las sumas descontadas por concepto de gastos de administración deben ser trasladadas debidamente indexadas, como quiera que estos dineros no entraron a la cuenta individual y por tanto respecto de ellos no se generaron rendimientos y la demandante no está

llamada a sufrir las consecuencias de la pérdida del valor adquisitivo por el paso del tiempo.

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

Sin costas en este grado jurisdiccional, ni en la instancia ante su no causación.

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 6 de marzo de 2023, que quedará del siguiente tenor: **CONDENAR** a Colfondos Pensiones y Cesantías S.A. a trasladar a Colpensiones debidamente actualizado el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con los rendimientos, los bonos pensionales a que haya lugar; así como los gastos de administración, comisiones, porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima a que haya lugar; los gastos de administración, comisiones, y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a

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

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia recurrida en el sentido de **CONDENAR** a la AFP Protección S.A. y Skandia S.A. a trasladar a Colpensiones con cargo a sus propios recursos y debidamente actualizadas todas las sumas descontadas a la demandante por gastos y cuotas de administración, sumas adicionales de la aseguradora, porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales mientras estuvo vinculada a este fondo. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

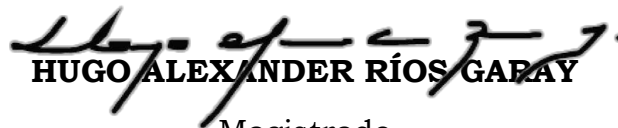
TERCERO: DECLARAR que Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar de asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de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

CUARTO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia del *a quo*.

QUINTO: Sin COSTAS en la consulta ni en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada
Con aclaración de voto
028 2020 00038 01



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 028 2021 00328 01
DEMANDANTE: ELCY JANETH OCHOA HERRERA
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA
DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS
PROTECCIÓN S.A.

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la demandada Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintiocho del Circuito de Bogotá, D.C., el 27 de febrero de 2023. También, el grado jurisdiccional de consulta a su favor.

I. ANTECEDENTES

La accionante pretendió que se declare la anulación de la afiliación y nulidad e ineficacia del traslado efectuada al régimen de ahorro individual con solidaridad, a través de la AFP Protección S.A. En consecuencia, se ordenó a Colpensiones a recibir nuevamente los aportes que hace a la AFP. Así mismo, condenar a las demandadas al pago de costas y agencias en derecho.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 8 de octubre de 1969; cotizó al ISS desde el 1 de octubre de 1995 y a Protección desde marzo de 1997. Adujo que no se le dio informada ni se le brindó buena asesoría respecto del traslado, de cada régimen, o sobre su futuro pensional, ni le realizó proyección pensional. Solicitó a las demandadas la nulidad e ineficacia del traslado (expediente digital, archivo 01 fls. 3 a 11).

Colpensiones rechazó las súplicas. Manifestó que los hechos no le constan. Formuló como excepciones de mérito las de inexistencia afectación por protección judicial SL 373-2021, perfeccionamiento actos de relacionamiento, perfeccionamiento del acto inexistente, saneamiento nulidad, protección sostenibilidad fiscal y equilibrio financiero, inexistencia del derecho, pago de lo no debido, prescripción y caducidad y las demás declarables oficiosamente. Argumentó que el traslado de régimen se llevó a cabo de manera libre, espontánea y sin presiones, lo que se corrobora con la suscripción del formulario; la accionante no es beneficiaria del régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993 y; que está incurso en prohibición legal de retornar a prima media en razón de la edad (expediente digital, archivo 08 fls. 2 a 14).

Por su parte, la AFP Protección se opuso al éxito de las pretensiones. Frente a los hechos aceptó la data de nacimiento de la accionante, las cotizaciones efectuadas a esta AFP y, la solicitud de nulidad. Manifestó no constarle o no ser ciertos los demás. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, aplicación del precedente sobre los actos de relacionamiento al caso concreto y, la innominada o genérica. En su defensa expuso que brindó una asesoría completa, clara y comprensible a la demandante al momento de realizar su afiliación la cual se hizo conforme a la normatividad de la época y conforme a las exigencias existentes para ese momento, siendo su traslado válido, sin que existan vicios en el consentimiento; además nunca ejercicio de la facultad de regresar al RPM y por el contrario, se vinculó a otras administradoras de fondos de pensiones privadas (expediente digital, archivo 10 fls. 3 a 22).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintiocho del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 27 de febrero de 2023 (expediente digital, archivo 18), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la señora ELCY YANETH OCHOA HERRERA al régimen de ahorro individual con solidaridad de fecha 1º de mayo de 1997, por intermedio de CESANTÍAS PENSIONES COLMENA AIG hoy SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A .y, en consecuencia, declarar como afiliación válida la del régimen de prima media con prestación definida, administrado hoy por COLPENSIONES, tal como se dijo en las consideraciones de esta sentencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la AFP PROTECCION S.A. a trasladar los aportes pensionales, cotizaciones o bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y seguro de invalidez y sobrevivencia, contenidos en la cuenta de ahorro individual de la señora ELCY YANETH OCHOA HERRERA identificada con C.C. 43.478.939 a COLPENSIONES.

TERCERO: CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES a activar la afiliación de la 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 demandadas.

QUINTO: COSTAS DE ESTA INSTANCIA a cargo de las demandadas PROTECCION S.A y COLPENSIONES. Se señalan como agencias en derecho la suma de \$1.300.000 a cargo de cada una de ellas y a favor de la parte actora.

SEXTO: En caso de no ser apelada la presente decisión, CONSÚLTESE CON EL SUPERIOR, por ser adversa a los intereses de COLPENSIONES.

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP no acreditó que el actor al momento de efectuar su traslado al régimen pensional hubiese recibido una asesoría completa y oportuna acerca de las reales implicaciones de su traslado, por lo que procede declarar la ineficacia deprecada.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme, la demandada Colpensiones manifestó que la afiliación de la demandante fue válida, toda vez que la misma con los requisitos establecidos en la normatividad vigente, esto es, el artículo 3 de la Ley 100 del 93, dado que se verificó que firmó de manera libre, voluntaria y sin presiones, el formulario de afiliación. Además, no es beneficiaria del régimen de transición y se encuentra en la prohibición legal por la edad;

afirma que no existen vicios del consentimiento y se pudo traslucir que se dio cumplimiento al deber de información y; que con la permanencia en el RAIS dejó una intención clara de permanecer en este sistema. De confirmarse la sentencia, solicita se condene a la AFP Protección a pagar un cálculo actuarial proporcional al total de las mesadas pensionales a pagar.

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

V. CONSIDERACIONES

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

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

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

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

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

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

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

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

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

VI. CASO CONCRETO

De conformidad con la historia laboral emitida por Colpensiones la demandante realizó cotizaciones desde el 17 de octubre de 1995 (expediente digital, archivo 01 fls. 27 a 28). Migró al RAIS, a través de la AFP Colmena AIG, hoy Protección S.A. el 6 de marzo de 1997, mediante la suscripción de formulario de vinculación y, posteriormente a Protección directamente, el 1 de octubre de 1997 (expediente digital, archivo 10, fl. 45, 47 y 48).

Al absolver interrogatorio de parte la demandante señaló que se afilió a Colmena en marzo de 1997, debido a un cambio de trabajo que tuvo, en el hospital el Tunal en Bogotá, donde en la oficina de recursos humanos del hospital le entregaron todos los documentos y ella firmó, en ese momento se dio la afiliación. No había asesor del fondo. Posteriormente, se trasladó a Protección, en 1999, porque la llamaron de recursos humanos y la persona de recursos humanos le dice que es mejor cambiarse porque el

seguro social se iba a acabar y era mejor pasarse a Protección y le pasa los formatos. Fue por recomendación y desconocimiento. En ninguna de las oportunidades tuvo contacto con un asesor del fondo privado, ni posteriormente ha recibido reasesoría. Tiene muchas dudas respecto de las condiciones reales en que se pensionaría, pero por asesoría con su abogado sabe que sería mejor por el fondo público. En una capacitación se dio cuenta que sería mejor estar en Colpensiones, pero ya no pudo trasladarse por la edad.

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

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

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

Importa resaltar que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha adocinado que en tratándose de afiliados, los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital

ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos debieron ingresar a RPM, criterio que igualmente es aplicable frente al porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima (CSJ SL2209-2021).

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

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

Conforme a los rubros que se ordena trasladar se protege la sostenibilidad del sistema, dado que los aportes efectuados por el afiliado durante su vida productiva, con los cuales se edifica el financiamiento de la pensión, según los principios que inspiran el sistema de seguridad social, retornarán a RPM en su integridad, debidamente indexados, junto con los rendimientos y de ser necesario, con cargo a los recursos propios

de cada AFP. De cualquier manera, Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar de asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensión y así se indicará en la parte resolutive de esta providencia.

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

Sin costas en este grado jurisdiccional, ni en la instancia ante su no causación.

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Veintiocho del Circuito de Bogotá, D.C., el 27 de febrero de 2023, que quedará del siguiente tenor: **CONDENAR** a la AFP Protección S.A. a trasladar a Colpensiones debidamente actualizado el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con los rendimientos, los bonos pensionales así como los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima a que haya lugar; los gastos de administración, comisiones, y los valores

utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

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

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada
Con aclaración de voto



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 030 2021 00369 01
DEMANDANTE: BLANCA ELSA PIÑEROS GUERRERO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA
DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS
PORVENIR S.A.

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintitrés (2023)

SENTENCIA

La Sala decide los recursos de apelación interpuestos por las demandadas AFP Porvenir S.A. y Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 23 de febrero de 2023. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

La accionante pretendió que se declare la ineficacia de la vinculación al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) a través de la AFP Porvenir S.A. En consecuencia, se condene a la AFP trasladar los aportes cotizados, rendimientos financieros y devolución de cobros de administración a Colpensiones y, a ésta a recibirlas y aceptar a la afiliada sin solución de continuidad. Asimismo, se condene a las demandadas a lo ultra y extra *petita* y, las costas y agencias en derecho del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que ha laborado en diferentes empresas públicas y privadas por más de 25 años; estuvo vinculada legalmente al Instituto de Seguros Sociales hoy Colpensiones. Que el 10 de marzo de 1999 suscribió vinculación al RAIS con Porvenir

S.A., por cuanto los asesores le informaron que la ISS se iba acabar. Aduce que la información dada por la AFP para el cambio de régimen nunca ofreció elementos de juicio, ni información veraz, como tampoco le suministró los datos legales suficientes para decidir el cambio de manera consciente; no se le informó que su mesada pensional sería inferior, nunca se le elaboró proyección; incumpliendo su deber de información. Manifiesta la demandante, que la permanencia en el RAIS empobrece su poder adquisitivo. Presentó solicitud de traslado a las demandadas, obteniendo respuesta negativa (expediente digital, archivo 02, fls. 1 a 14).

Al dar contestación, Colpensiones se opuso a las súplicas de la demanda en su contra. Admitió la afiliación al ISS, la solicitud de afiliación del 2021 y su negativa. Manifestó que los restantes hechos no son ciertos o no le constan. Formuló como excepciones de mérito las que denominó: aplicación del precedente establecido en la sentencia SL 373 del 2021, el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe, inexistencia del derecho, y las demás declarables oficiosamente. Argumentó que la afiliación de la demandante al RAIS se realizó con plena voluntad, suscribiendo los formularios para efectuarlo, voluntad que se vio ratificada por más de 21 años en que ha realizado cotizaciones a ese régimen; la accionante que está incurso en prohibición legal de retornar a prima media debido a la edad y no es beneficiaria del régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993. Aduce que no es válido imponer a las administradoras obligaciones y soportes de información no previstos en el ordenamiento jurídico vigente al momento del traslado y; que sobre la afiliada también recaía su deber de información (expediente digital, archivo 07 fls. 4 a 28).

La AFP Porvenir se opuso al éxito de las pretensiones. Frente a los hechos manifestó no constarle o no ser ciertos. Propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y, las declarables de oficio. En su defensa expuso que la afiliación de la demandante al fondo de pensiones Porvenir se efectuó de manera informada, libre de presiones o engaños, y voluntaria, siendo su traslado válido, lo que se corrobora con el formulario de afiliación; además la

demandante no es beneficiaria del régimen de transición (expediente digital, archivo 09 fls. 2 a 38).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 23 de febrero de 2023 (expediente digital, archivo 17), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR INEFICAZ el traslado de régimen pensional que hizo la demandante BLANCA ELSA PIÑEROS GUERRERO, identificada con cédula de ciudadanía N° 51.725.818, efectuado el 10 de marzo de 1999, del Régimen de Prima Media con Prestación Definida RPM, administrado por el extinto Instituto de los Seguros Sociales ISS hoy COLPENSIONES, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad RAIS, a través de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., con efectividad a partir del 01 de mayo de 1999, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: DECLARAR válidamente vinculada a BLANCA ELSA PIÑEROS GUERRERO al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, sin solución de continuidad, de acuerdo con la argumentación expuesta.

TERCERO: CONDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES todos los valores que reposan en la cuenta de ahorro individual de BLANCA ELSA PIÑEROS GUERRERO, incluidos sus rendimientos y, con cargo a sus propios recursos, las comisiones o gastos cobrados por concepto de administración, primas de los seguros previsionales de sobrevivencia e invalidez y aportes al fondo de garantía de la pensión mínima, debidamente indexados, por el lapso en que permaneció en dicha administradora, a partir de 01 de mayo de 1999 y hasta que se haga efectivo el traslado, de conformidad con los argumentos esgrimidos en la parte motiva.

CUARTO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a que una vez ingresen los valores de la cuenta de ahorro individual de BLANCA ELSA PIÑEROS GUERRERO, reactive su afiliación al Régimen de Prima Media con Prestación Definida RPM y, actualice la información en su historia laboral para garantizar el derecho pensional bajo las normas que regulan tal Régimen, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones planteadas por las accionadas, de acuerdo con lo considerado.

SEXTO: CONDENAR en costas de esta instancia a PORVENIR S.A. y, a favor de la demandante. Por secretaría liquidense e inclúyanse como agencias en derecho la suma de TRES MILLONES SEISCIENTOS MIL PESOS (\$3'600.000.00). Sin costas ni a favor ni en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES.

SEPTIMO: CONCEDER el grado Jurisdiccional de CONSULTA a favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES.

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP no demostró por ningún medio probatorio, haber cumplido con su deber de información a la demandante, acerca de las características, condiciones, accesos, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los

riesgos y consecuencias del traslado, carga probatoria que le incumbía, sin que el formulario de afiliación de cuenta de ello; por lo que concluyó viable declarar la ineficacia de ese traslado.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes, las demandadas apelaron lo resuelto.

La AFP Porvenir S.A. se opone a la devolución de gastos de administración, pues considera que no forman parte integral de la pensión de vejez, por ello están sujetos a la prescripción, así como las primas de seguros o cualquier otra suma diferente al capital de la cuenta individual del afiliado y sus respectivos rendimientos financieros, toda vez que no le corresponden estos valores a los afiliados, correspondiendo a sumas por la gestión de la administradora. Igualmente se opone a la indexación, por cuanto afirma que con el traslado de los rendimientos se compensa la depreciación del poder adquisitivo de la moneda que pudiere haberse generado en los emolumentos a retornar y sería una doble sanción para la misma.

Por su parte, Colpensiones aduce que no se cumplen los requisitos para la procedencia de la declaratoria de la ineficacia del traslado de régimen pensional, pues no existió una causa generadora que pruebe que la entidad fue la causante del traslado y la falta de información durante la afiliación al RAIS. Se debe tener en cuenta la prohibición legal de traslado en que se encuentra inmersa la demandante en razón a la edad. En caso de que se confirme la ineficacia del traslado, solicita se condene a la AFP Porvenir a reconocer la pensión a la demandante de conformidad con los parámetros del régimen de prima media, toda vez que aduce, devolver los dineros generados mientras la accionante estuvo allí afiliada, no resulta suficiente para paliar la descapitalización del sistema pensional y; autorizar a la administradora a obtener por las vías judiciales pertinentes el valor de los perjuicios que se causen por asumir la obligación pensional de la demandante, impone un gasto innecesario.

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

V. CONSIDERACIONES

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

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

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

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

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

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

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

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

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

VI. CASO CONCRETO

Quedó demostrado dentro del proceso, según la historia laboral generada por Colpensiones, que la actora estuvo afiliada y cotizó al ISS desde el 07 de diciembre de 1987 (expediente administrativo, archivo 8, fl 1); y migró al RAIS a través de la AFP Porvenir S.A., mediante formulario de afiliación, el 10 de marzo de 1999, (expediente digital, archivo 09 fl. 85 y 89).

Al absolver interrogatorio de parte la demandante señaló que estuvo afiliada en el Instituto de Seguro Social, que en 1999 se afilió a la AFP Porvenir cuando entró a trabajar en el Tribunal de Cundinamarca, no se acuerda como fue esa afiliación, pero nunca tuvo asesoramiento. Posteriormente se vinculó a la Gobernación de Cundinamarca, la entidad le exigía que estuviera afiliada a un fondo de pensiones, por lo que para su posesión al cargo le entregaron el formulario, lo leyó, pero que no recibió asesoría sobre el régimen, ni los requisitos; no le informaron que iba a pasar con su pensión en el caso que falleciera, recibía los extractos pero no los entendía. No le explicaron que eran dos regímenes pensionales, que eran diferentes, con características diferentes, o que tenía un tiempo para

retractarse y devolverse al seguro si se arrepentía, se enteró que había unos límites de edad luego de sus 47 años; no le explicaron que el ahorro era una cuenta individual, ni le hicieron una proyección pensional. Su motivo para regresar a Colpensiones es porque no quiere que su pensión salga solo con el mínimo.

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

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

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

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

frente al porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima (CSJ SL2209-2021).

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

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

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

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

Sin costas en este grado jurisdiccional, ni en la instancia ante su no causación.

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el numeral **TERCERO** de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta del Circuito de Bogotá, D.C., el 23 de febrero de 2023, en el sentido de indicar que, al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

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

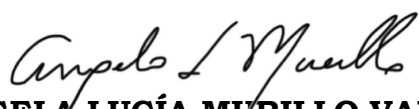
TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia del *a quo*.

CUARTO: Sin COSTAS en la consulta ni en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada
Con aclaración de voto



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 031 2022 00065 01
DEMANDANTE: YOLANDA RODRIGUEZ PACHON
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE
FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR
S.A. , COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS Y
ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala decide los recursos de apelación interpuestos por las demandadas Colpensiones y Porvenir S.A. contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 07 de febrero de 2023. También, el grado jurisdiccional de consulta a su favor.

I. ANTECEDENTES

La accionante pretendió que se declare la nulidad o ineficacia de la afiliación y el traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuada a través de la AFP Porvenir y, las efectuadas posteriormente con Protección y Colfondos. En consecuencia, se ordené a la AFP Colfondos a pagar todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, así como cotizaciones y bonos pensionales con todos los rendimientos, sin descontar gastos de administración reintegro por cobro de administración a Colpensiones. A esta última, se ordene recibirla y mantenerla como afiliada sin solución de continuidad. Así mismo, condenar a las demandadas al pago de costas y agencias en derecho y, lo ultra y extra petita.

En respaldo de sus pretensiones, narró que efectuó aportes al ISS desde el 24 de septiembre de 1987 y a la Caja Nacional De Previsión Social desde el 1 de mayo de 1997, por un total de s 634 semanas. Se trasladó al RAIS a través de Porvenir S.A., a partir del 8 de junio del 2000 y luego a Colfondos el 25 de junio de 2004. Aduce que los asesores de los fondos privados faltaron al deber de información, limitándolo al diligenciamiento del formulario de traslado y al ofrecimiento de una mayor rentabilidad de ahorros en su cuenta individual, sin brindar información suficiente, cierta, oportuna y transparente para que comprometiera conscientemente su voluntad en el acto jurídico del traslado. Manifiesta que en el RPM recibiría una mesada pensional superior a la que recibirá en el fondo privado, según un estudio actuarial. Elevó solicitud a las demandadas, obteniendo respuesta negativa (expediente digitalizado, archivo 02, fls. 1 a 13).

Al dar contestación, Colpensiones rechazó las súplicas. Admitió las cotizaciones al ISS, la afiliación a Colfondos, las solicitudes elevadas y sus respectivas respuestas. Manifestó que los restantes hechos no le constan. Formuló las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, buena fe y las demás declarables oficiosamente. Argumentó que la accionante no es beneficiaria del régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993; que está incurso en prohibición legal de retornar a prima media en razón de la edad y; que no se configuró vicio del consentimiento pues al momento de la afiliación se brindó información clara y expresa (expediente digital, archivo 14 fls. 2 a 18).

La AFP Porvenir se opuso al éxito de las pretensiones. De los hechos manifiesta que no son ciertos o no le constan. Propuso las excepciones de inepta demanda por falta de integración del litisconsorcio necesario, prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y las declarables de oficio. En su defensa expuso que la afiliación del demandante al fondo de pensiones Porvenir se efectuó de manera informada, libre de presiones o engaños, y voluntaria, siendo su traslado

válido, lo que se corrobora con el formulario de afiliación y la vinculación a varias administradoras de fondos de pensiones privadas; además el demandante no es beneficiario del régimen de transición (expediente digital, archivo 15 fls. 2 a 28).

Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías rechazó las peticiones del escrito inaugural. Admitió la solicitud de traslado a esta AFP, la solicitud de soportes, la anulación de afiliación y su respuesta. Manifestó que no son ciertos o no le constan los demás hechos. Formuló las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago, y las declarables de oficio. Sostuvo que el traslado se realizó al amparo de la normativa vigente para la época y fue resultado de la voluntad libre y espontánea de la demandante, persona plenamente capaz, quien no hizo uso del derecho de retracto, por lo tanto, no existió vicio del consentimiento. Finalmente, la actora no es beneficiaria del régimen de transición (expediente digital, carpeta 12 fls. 2 a 19).

Mediante auto del 25 de marzo de 2022, se dispuso la vinculación de la AFP Protección S.A. (expediente digital, archivo 16), quien estando en oportunidad, contestó oponiéndose al éxito de las pretensiones. De los hechos manifiesta que no son ciertos o no le constan. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, 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 el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y, las demás declarables de oficio. En su defensa expuso que brindó una asesoría completa, clara y comprensible a la demandante al momento de realizar su afiliación la cual se hizo conforme a la normatividad de la época

y conforme a las exigencias existentes para ese momento, siendo su traslado válido, sin que existan vicios en el consentimiento; además nunca ejercicio de la facultad de regresar al RPM y, por el contrario, se vinculó a otras administradoras de fondos de pensiones privadas (expediente digital, archivo 20 fls. 3 a 25).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 07 de febrero de 2023 (expediente digital, archivo 39), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen que realizó YOLANDA RODRIGUEZ PACHON del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, teniéndola como válidamente afiliada en el régimen de prima media con prestación definida administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES.

SEGUNDO: CONDENAR a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES la totalidad de sumas de dinero que recibió de la demandante por concepto de aportes, junto con sus rendimientos y frutos civiles, sin que pueda descontar suma alguna de dinero por concepto de gastos de administración, comisiones, aportes al Fondo de Garantía de Pensión Mínima y valores utilizados en seguros previsionales.

TERCERO: CONDENAR a SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES la totalidad de sumas de dinero que descontó de lo aportado por la demandante por concepto de gastos de administración, comisiones, aportes al Fondo de Garantía de Pensión Mínima y valores utilizados en seguros previsionales debidamente indexados.

CUARTO: CONDENAR a ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES la totalidad de sumas de dinero que descontó de lo aportado por la demandante por concepto de gastos de administración, comisiones, aportes al Fondo de Garantía de Pensión Mínima y valores utilizados en seguros previsionales debidamente indexados.

QUINTO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a recibir a la demandante en el régimen de prima media con prestación definida como si nunca se hubiese trasladado de régimen.

SEXTO: CONDENAR a las demandadas PROTECCIÓN S.A PORVENIR S.A y COLFONDOS S.A. al pago de costas y agencias en derecho en cuantía de

medio salario mínimo legal mensual vigente a cargo de cada una de ellas.

Como quiera que el resultado de la presente sentencia fue adverso a los intereses de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES se concede el grado jurisdiccional de consulta en el evento de que la sentencia no sea apelada.

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP no demostró haber brindado al potencial afiliado información veraz y suficiente, que le permitiera, con plena libertad efectuar el traslado de régimen, por lo que procede declarar la ineficacia deprecada.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme, la demandada Colpensiones manifestó que la afiliación de la demandante fue válida, toda vez que la misma con los requisitos establecidos en la normatividad vigente, esto es, el artículo 3 de la Ley 100 del 93. Afirma que no existen vicios del consentimiento y se pudo traslucir que se dio cumplimiento al deber de información y; que con la permanencia en el RAIS dejó una intención clara de permanecer en este sistema.

La AFP Porvenir S.A. se opone a la indexación, por cuanto se afirma que con el traslado de los rendimientos se compensa la depreciación del poder adquisitivo de la moneda que pudiere haberse generado en los emolumentos a retornar.

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

V. CONSIDERACIONES

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

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

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

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

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

La Sala de Casación Laboral, en proveído CSJ SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia CSJ SL 1688-2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y, por ello, el examen del acto de

cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde aquella institución. De otra parte, en las decisiones CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL19447-2017 y CSJ SL1421-2019, la misma Corporación indicó que el libre albedrio exigido por el sistema de seguridad social, no se restringe “*a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada*” la que no se configura con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues se requiere contar con elementos de juicio suficientes para entender las consecuencias de la decisión. Además, que la firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020, STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021; CSJ SL 150-2022).

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

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

prueba, y debe entonces la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional.

VI. CASO CONCRETO

De conformidad con la historia laboral emitida por Colpensiones la demandante realizó cotizaciones desde el 24 de septiembre de 1987 (expediente administrativo, archivo 2¹). Migró al RAIS, a través de la AFP Porvenir S.A. el 8 de junio de 2000, mediante la suscripción de formulario de vinculación (expediente digital, archivo 15 fl. 91 y 94); posteriormente, cambió horizontalmente a la AFP Santander Pensiones y Cesantías, hoy Protección S.A., a partir del 22 de febrero de 2002 (expediente digital, archivo 20 fl. 37 y 38) y; finalmente a Colfondos el 25 de junio de 2004 (expediente digital, carpeta 12, fls. 20 y 21)

Al absolver interrogatorio de parte la demandante señaló que en el lugar donde trabajaba, se realizaban reuniones en las cuales los asesores de las AFP presentaban información sobre éstas; manifiesta que la información brindaba fue bastante general, pero que el régimen era beneficioso porque la mesada pensional era más favorable a la que recibirían en Colpensiones. La demandante firmó voluntariamente los formularios sin tener claridad sobre el régimen y con la garantía de iba a tener una mejor rentabilidad al recibir su pensión de vejez. Se mantuvo en el RAIS por desconocimiento de información. Quiere retornar al régimen de prima media porque ahora se dio cuenta que el valor de su mesada sería muy superior, por lo que se siente engañada por los asesores que le aconsejaron. No tenía conocimiento de que a su nombre tendría una cuenta de ahorros individual ni, qué pasaría con sus aportes si fallecía.

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

¹ 13ExpedienteAdministrativo: GRP-SCH-HL-66554443332211_2197-20220228093610

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

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

De otra parte, la teoría de los actos de relacionamiento materializados con la permanencia en el RAIS y las cotizaciones realizadas no aplica en los asuntos de ineficacia de traslado por resultar posteriores al acto jurídico inicial, tampoco la inobservancia de los deberes del afiliado como consumidor financiero. *«Se reitera que el estudio de la acción de ineficacia se centra en el cumplimiento del deber de información en el traslado inicial que realizó la persona afiliada, y este desacato es lo que genera por sí mismo la ineficacia en los términos del artículo 271 de la Ley 100 de 1993.»* (CJS SL 5686-2021).

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

Por tanto, la AFP Colfondos Pensiones y Cesantías S.A. a la que se encuentra actualmente afiliada la accionante deberá devolver a Colpensiones el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la

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

Cumple agregar que no es posible eximir de responsabilidad a las AFP Porvenir S.A. y Protección S.A. de trasladar a Colpensiones las sumas de dinero descontadas por concepto de gastos y cuotas de administración, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales mientras la demandante estuvo vinculada a este fondo, dado que la declaración de ineficacia los obliga a devolver dichos rubros con cargo a sus propias utilidades *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (CSJ SL 5205-2020 CSJ SL 5680-2021). En consecuencia, la sentencia será confirmada en este aspecto, pero se adicionará en el sentido de indicar que al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL2877-2020).

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

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

Sin costas en este grado jurisdiccional, ni en la instancia, ante su no causación.

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 7 de febrero de 2023, que quedará del siguiente tenor: **CONDENAR** a Colfondos Pensiones y Cesantías S.A a trasladar a Colpensiones debidamente actualizado el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con los rendimientos, los bonos pensionales así como los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima a que haya lugar; los gastos de administración, comisiones, y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades. Al momento de cumplirse

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

SEGUNDO: ADICIONAR los numerales **TERCERO Y CUARTO** de la sentencia en el sentido de indicar que al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

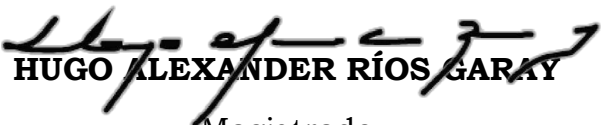
TERCERO: ADICIONAR la sentencia en el sentido de **DECLARAR** que Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar de asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el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

CUARTO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia del *a quo*.

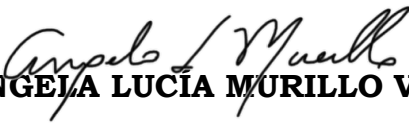
QUINTO: Sin COSTAS en la consulta ni en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

Radicación n.º 110013105 031 2022 00065 01.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada

Con aclaración de voto
031 2022 00065 01



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 032 2021 00317 01
DEMANDANTE: JAIRO HERNÁN ROBAYO AVALO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. Y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintitrés (2023).

Visto el memorial allegado en esta instancia por el apoderado general de la parte demandada (archivo 3), se tiene como apoderado judicial de la AFP Porvenir S.A. al Dr. DANIEL FELIPE RAMÍREZ SANCHEZ, identificado con cédula de ciudadanía No. 1.070.018.966 y T.P. No. 373.906 del C.S. de la J.

SENTENCIA

La Sala decide los recursos de apelación interpuestos por las demandadas AFP Porvenir S.A. y Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 9 de noviembre de 2022. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

El accionante pretendió que se declare la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado el 28 de abril a través de Protección S.A. En consecuencia, se ordené a esta AFP, el traslado de la totalidad de los aportes pensionales con sus rendimientos a

Colpensiones y, a esta última, activar la afiliación y actualizar la historia laboral. Asimismo, se condene a las demandadas al pago de costas y agencias en derecho y, lo ultra y extra *petita*.

En respaldo de sus pretensiones, narró que antes de efectuar el cambio de régimen pensional, efectuó aportes al instituto de seguros sociales y laboró para una compañía del sector de petróleo, la cual asumía sus propios bonos pensionales. En el mes de abril de 1994, un asesor de Protección S.A., mediante una corta charla, le indica que gestionaría el trámite de los bonos pensionales tanto del ISS como de la compañía del sector de petróleo, con el fin de que fueran depositados en la cuenta de ahorro individual, que al ser una entidad privada, efectuaría inversiones en portafolios de inversión que le permitirían incrementar su ahorro con altas rentabilidades y que tendría una rentabilidad mínima garantizada. Aduce que efectuó su traslado sin la suficiente ilustración e información de manera completa y veraz; el formulario de afiliación fue mal diligenciado pues omitió informar que el afiliado había efectuado aportes a entidades diferentes al ISS; y no se le informó sobre la posibilidad de retracto. Indica que la AFP no dio cumplimiento al deber de capacitar a sus agentes, no le entregó el reglamento del fondo al momento de suscribir la afiliación y, omitió el deber de información financiera y comercial. Que efectuó un cambio de régimen de fondo a Porvenir. Solicitó a las demandadas la ineficacia del cambio de régimen, sin obtener respuesta (expediente digital, archivo 01 fls. 2 a 12).

Al dar contestación, Colpensiones se opuso a las súplicas de la demanda en su contra. Admitió las cotizaciones al ISS y manifestó que los restantes hechos no le constan o no son ciertos. Formuló las excepciones de mérito que denominó: inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de régimen, improcedencia de la declaración de nulidad de traslado de pensionados, 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, falta de

causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, y las demás declarables oficiosamente. Argumentó que el accionante se encuentra válidamente afiliado al RAIS al suscribir de manera voluntaria, consciente y sin presiones el formulario de afiliación a las AFP Protección y Porvenir; que está incurso en prohibición legal de retornar a prima media en razón de la edad y, no es beneficiario del régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993; que todas las actuaciones de Colpensiones deben estar encaminadas en pro del cumplimiento del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema y; que no se configuró vicio del consentimiento (expediente digital, archivo 10 fls. 2 a 41).

La AFP Porvenir se opuso al éxito de las pretensiones. Frente a los hechos indicó que no le constan o no son ciertos. Propuso las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y, buena fe. En su defensa expuso que la afiliación de la demandante al fondo de pensiones Porvenir se efectuó de forma consciente y espontánea, sin presiones o apremios de ninguna naturaleza y con el cumplimiento de todos los requisitos exigidos por las normas que se hallaban vigentes para la fecha en que se produjo, lo que se corrobora con el formulario de afiliación; que el demandante también tenía el deber de informarse sobre el traslado de régimen y sus consecuencias; que durante su vinculación como afiliado de la AFP no revirtió su decisión, pese a que contaba con la posibilidad (expediente digital, archivo 08 fls. 2 a 23).

La AFP Protección S.A. rechazó las pretensiones dirigidas en su contra. De los hechos dijo que no son ciertos o no le constan. Propuso las excepciones 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 derechos 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 declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y, las declarables de oficio. Sostuvo que la afiliación del actor se realizó completamente libre de vicios del consentimiento, como se corrobora con el formulario de afiliación mediante el cual el demandante manifestó su voluntad de continuar afiliado al RAIS, brindando una asesoría completa y comprensible conforme a la normatividad de la época y conforme a las exigencias existentes para ese momento; el demandante no hizo uso de la facultad de trasladarse en el término legal, esto es, antes de faltarle menos de 10 años para la edad de pensión y; señaló el deber de información del afiliado (expediente digital, archivo 09, fls. 2 a 25).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo del 9 de noviembre de 2022 (expediente digital, archivo 19), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones formuladas por las demandadas, conforme las consideraciones expuestas.

SEGUNDO.- DECLARAR la ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad efectuado por la demandante JAIRO HERNÁN ROBAYO AVALO a través de PROTECCIÓN S.A., de fecha 16 de octubre de 1998, así como su posteriores traslados entre administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

TERCERO.- Como consecuencia de lo anterior, CONDENAR a la demandada PORVENIR S.A. a trasladar con destino a COLPENSIONES las sumas deducidas por concepto de primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones que corresponda, en proporción al tiempo en que el DEMANDANTE estuvo afiliado a dicha sociedad, valores que deberán ser indexados y asumidos por PORVENIR S.A. con cargo a sus propios recursos.

CUARTO.- CONDENAR a la demandada PROTECCIÓN S.A. a trasladar con destino a COLPENSIONES la totalidad de los recursos que obren en la cuenta de ahorro individual del demandante, lo que incluye los aportes efectuados junto con sus rendimientos. Así mismo deberá trasladar las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones que corresponda, en proporción al tiempo en que el DEMANDANTE ha estado afiliado a dicha sociedad, valores que deberán ser indexados y asumidos por PROTECCIÓN S.A. con cargo a sus propios recursos.

QUINTO.- ORDENAR a la demandada COLPENSIONES a recibir a la demandante JAIRO HERNÁN ROBAYO AVALO como afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, sin solución de continuidad, y en las mismas condiciones en que se encontraba afiliado al momento del traslado de régimen que se declara ineficaz.

SEXTO.- CONDENAR en costas a la demandada PROTECCIÓN S.A. y a favor del demandante, tásense por secretaría incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a dos (02) smlmv. Sin costas respecto de COLPENSIONES y PORVENIR S.A.

SÉPTIMO.- En caso de no ser apelada la presente decisión, y en lo desfavorable a la demandada COLPENSIONES remitase al superior en el grado jurisdiccional de consulta.

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP no demostró haber brindado al momento de la afiliación información clara y suficiente que le permitiera tomar una decisión informada sobre el cambio de régimen pensional.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes las demandadas Colpensiones y Porvenir S.A. interpusieron recurso de apelación.

La demandada Colpensiones manifestó que al accionante no le asiste derecho a retornar al régimen de prima media, al tener menos de 10 años para adquirir la categoría pensional, como tampoco es beneficiario del régimen de transición para poder trasladarse en cualquier tiempo; por lo que se está afectando la sostenibilidad financiera del sistema pensional. Finalmente, debe tenerse en cuenta que Colpensiones no puede resultar afectada al ser un tercero en el acto jurídico del traslado, en atención al principio de la relatividad jurídica.

La AFP Porvenir S.A. solicita se revoque la condena teniendo en cuenta que se cumplió a cabalidad con el deber de información vigente para la época, sin que sea dable exigir requisitos adicionales a los vigentes para la época del traslado, como se demuestra con el formulario de afiliación que comportaba tales efectos jurídicos. Rechaza la condena por devolución de gastos de administración y seguros previsionales de forma indexada, por cuanto estos emolumentos no corresponden a dineros destinados a financiar la pensión del demandante, correspondiendo a sumas por su debida gestión y, los seguros previsionales ya fueron pagados a las aseguradoras correspondientes; finalmente, que con el

traslado de los rendimientos se compensa la depreciación del poder adquisitivo de la moneda que pudiese haberse generado en los emolumentos a retornar.

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

V. CONSIDERACIONES

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

VI. CASO CONCRETO

Se encuentra demostrado en el proceso que el actor estuvo afiliado y cotizó al Instituto de Seguros Sociales desde el 16 de marzo de 1978 (expediente administrativo, archivo 11, fl. 4), y migró al RAIS, el 21 de octubre de 1998 a través de la AFP Protección, mediante la suscripción de formulario de vinculación; posteriormente, cambió horizontalmente a la AFP Horizonte, hoy Porvenir, a partir del 1º de noviembre de 2000 y, de nuevo a Protección el 17 de diciembre de 2010 (expediente digital, documento 08, fl. 24 y 34 y documento 09, fl. 34, 35 y 52).

Al absolver interrogatorio de parte el demandante señaló que para la época del traslado, había mucho interés de los fondos de vincular a las personas y mucha insistencia de los asesores para hacer ese traslado; que él tenía una carga laboral bastante grande y después de mucha insistencia

del asesor, le preguntó cuánto tiempo requería para eso y le dijo que era muy rápido, básicamente le dijo que le convenía mucho el traslado por la alta rentabilidad que podía darle el fondo, que tenía la posibilidad de pensionarse anticipadamente y que parte del trabajo del fondo era asegurar que su historia laboral estuviera completa para el cálculo adecuado de la pensión y, para él eso fue importante, porque había cotizado con el seguro social y después trabajó con una petrolera que no hacía aportes porque asumía el riesgo; afirma que fue una reunión muy rápida, el asesor le dijo que firmara el formulario y ellos se encargaban del proceso; indica también que se rumoraba para esa época que el seguro social iba a colapsar, y el fondo lucía como una buena opción; el asesor diligenció el formulario y él lo firmó. En esa época no se acercó a averiguar la información al seguro social. No fue coaccionado ni presionado a firmar. Dice que los traslados horizontales los hizo porque le ofrecieron mayor rentabilidad, pero que pese a faltarle 6 meses cuando hizo el último traslado en 2010 para cumplir los 62 años de edad, nunca nadie le informó que estaba en el límite de volver a Colpensiones. No ha tramitado pensión de vejez. Por rentabilidad entiende que son transacciones financieras que hacen que el monto de la pensión sea más alto. No se le informó cuales eran los requisitos para pensionarse; en cuanto a los beneficiarios dice que la plata del fondo al ser un ahorro individual podía ser heredado a sus familiares. No sabe que es el bono pensional. Recibía extractos. La motivación de la demanda es porque considera que no recibió toda la asesoría, que hay una diferencia muy grande entre la pensión que tendría en el fondo privado y la de Colpensiones, y porque no tuvo la oportunidad de tomar una decisión consiente ni sabía que había unas fechas límites. No se devolvió antes a Colpensiones por falta de información, no sabía que ese era un derecho.

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

comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiera a la afiliada conocer los efectos del traslado, acorde a su situación personal.

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

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

De otra parte, la teoría de los actos de relacionamiento materializados con la permanencia en el RAIS y las cotizaciones realizadas no aplica en los asuntos de ineficacia de traslado por resultar posteriores al acto jurídico inicial, tampoco la inobservancia de los deberes del afiliado como consumidor financiero. *«Se reitera que el estudio de la acción de ineficacia se centra en el cumplimiento del deber de información en el traslado inicial que realizó la persona afiliada, y este desacato es lo que genera por sí mismo la ineficacia en los términos del artículo 271 de la Ley 100 de 1993.»* (CJS SL 5686-2021).

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

recursos debieron ingresar a RPM, criterio que igualmente es aplicable frente al porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima (CSJ SL2209-2021).

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

Cumple agregar que no es posible eximir de responsabilidad a la AFP Porvenir S.A. de trasladar a Colpensiones las sumas de dinero descontadas por concepto de gastos y cuotas de administración, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales mientras el demandante estuvo vinculado a este fondo, dado que la declaración de ineficacia los obliga a devolver dichos rubros con cargo a sus propias utilidades *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (CSJ SL 5205-2020 CSJ SL 5680-2021). Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL2877-2020). En consecuencia, la sentencia será modificada en este aspecto.

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

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

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

Sin costas en este grado jurisdiccional, ni en la instancia ante su no causación.

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral tercero de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 9 de noviembre de 2022, que quedará del siguiente tenor: **CONDENAR** a Porvenir S.A. Pensiones y Cesantías, a trasladar a Colpensiones con cargo a sus propios recursos y debidamente actualizadas todas las sumas descontadas a la demandante por gastos y cuotas de administración, sumas adicionales de la aseguradora, porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales mientras el demandante estuvo vinculado a este fondo. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

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

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

CUARTO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia del *a quo*.

QUINTO: Sin COSTAS en la consulta ni en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada


HUGO/ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada
Con aclaración de voto



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 032 2021 00393 01
DEMANDANTE: OSCAR ERAZO RICO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE FONDOS
DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintitrés (2023).

Visto el memorial de sustitución de poder allegado en esta instancia por la apoderada general de la parte demandada (archivo 6), se tiene como apoderada judicial de Colpensiones a la Dra. LAURA NATALIA GUERRERO VINCHIRA, identificada con cédula de ciudadanía No. 1.014.208.534 y T.P. No. 305.872 del C.S. de la J.

SENTENCIA

La Sala decide los recursos de apelación interpuestos por las demandadas AFP Porvenir S.A. y Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 30 de noviembre de 2022. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

El accionante pretendió que se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado a través de Porvenir S.A., encontrándose válidamente afiliado al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, sin solución de continuidad. En consecuencia, se ordenó a la AFP, el traslado de la totalidad de dinero recibido, incluyendo aportes obligatorios y

voluntarios, bonos pensionales y rendimientos, sin lugar a reducir gastos de administración, valores destinados al fondo de garantía de pensión mínima o por cualquier otro concepto, con destino a Colpensiones; y, a esta última, a registrar y totalizar en su historia laboral los periodos cotizados en el RAIS y activar la afiliación. Asimismo, se condene a las demandadas al pago de costas y agencias en derecho y lo ultra y extra *petita*.

En respaldo de sus pretensiones, narró que se afilió al régimen de prima media con prestación definida administrado por el seguro social, el 25 de enero de 1984, y cotizó un total de 422 semanas para los riesgos de I.V.M. El 9 de mayo de 1997, suscribió formulario de afiliación previamente elaborado por la AFP, cuyas cláusulas eran de adhesión, haciéndose efectivo a partir del 1 de julio de 1997, sin que se le diera la suficiente información sobre las consecuencias e implicaciones, diferencias, ventajas y desventajas, que le generaría el cambio del régimen, no se le efectuó proyección pensional, ni le informó sobre las posibilidades y oportunidades para volver al régimen de prima media, como tampoco del derecho de retracto; por el contrario le informó que su mesada pensional sería muy superior, que podría pensionarse a cualquier edad anticipadamente y que se beneficiaría por rendimientos financieros. Solicitó a las demandadas la anulación de la afiliación y traslado, siendo negado por Porvenir y, sin obtener respuesta por Colpensiones (expediente digital, archivo 03 fls. 2 a 16).

Al dar contestación, Colpensiones se opuso a las súplicas de la demanda en su contra. Admitió la afiliación y cotizaciones al ISS, la fecha de traslado a Porvenir a través de formulario y, la solicitud de nulidad de la afiliación o traslado. Manifestó que los restantes hechos no le constan o no son ciertos. Formuló las excepciones de mérito que denominó: inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de régimen, improcedencia de la declaración de nulidad de traslado de pensionados, 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, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, y las demás declarables oficiosamente. Argumentó que el accionante se encuentra válidamente afiliado al RAIS al suscribir de manera voluntaria, consciente y sin presiones el formulario de afiliación a la AFP Porvenir; que está incurso en prohibición legal de retornar a prima media en razón de la edad y, no es beneficiario del régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993; que todas las actuaciones de Colpensiones deben estar encaminadas en pro del cumplimiento del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema y; que no se configuró vicio del consentimiento (expediente digital, archivo 07 fls. 3 a 43).

La AFP Porvenir se opuso al éxito de las pretensiones. Frente a los hechos aceptó la fecha de traslado del actor al RAIS y, manifestó no constarle o no ser ciertos los demás. Propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y, la genérica. En su defensa expuso que la afiliación del demandante al fondo de pensiones Porvenir se efectuó de manera informada, libre de presiones o engaños, y voluntaria, siendo su traslado válido; además el demandante no es beneficiario del régimen de transición (expediente digital, archivo 06 fls. 2 a 31).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo del 30 de noviembre de 2022 (expediente digital, archivo 17), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones formuladas por las demandadas, conforme las consideraciones expuestas.

SEGUNDO.- DECLARAR la ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad efectuado por el demandante OSCAR ERAZO RICO a través de PORVENIR S.A., de fecha 9 de mayo de 1997, así como sus posteriores traslados entre administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

TERCERO.- Como consecuencia de lo anterior, CONDENAR a la demandada PORVENIR S.A. a trasladar con destino a COLPENSIONES la totalidad de los

recursos que obren en la cuenta de ahorro individual del demandante, lo que incluye los aportes efectuados junto con sus rendimientos. Asimismo, deberá trasladar las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y, los gastos de administración y comisiones que corresponda, en proporción al tiempo en que el demandante ha estado afiliado a dicha sociedad, valores que deberán ser indexados y asumidos por PORVENIR S.A. con cargo a sus propios recursos.

CUARTO.- ORDENAR a la demandada COLPENSIONES a recibir al demandante OSCAR ERAZO RICO como afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, sin solución de continuidad, y en las mismas condiciones en que se encontraba afiliado al momento del traslado de régimen que se declara ineficaz.

QUINTO.- CONDENAR en costas a la demandada PORVENIR S.A. y a favor de la demandante, tásense por secretaría incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a dos (02) smlmv. Sin costas respecto de COLPENSIONES.

SEXTO.- En caso de no ser apelada la presente decisión, y en lo desfavorable a la demandada COLPENSIONES remítase al superior en el grado jurisdiccional de consulta.

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP no demostró haber brindado al momento de la afiliación información clara y suficiente que le permitiera tomar una decisión informada sobre el cambio de régimen pensional.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes las demandadas interpusieron recurso de apelación.

La demandada Colpensiones manifestó que al accionante no le asiste derecho a retornar al régimen de prima media, al tener menos de 10 años para adquirir la categoría pensional, como tampoco es beneficiario del régimen de transición para poder trasladarse en cualquier tiempo; por lo que se está afectando la sostenibilidad financiera del sistema pensional. Finalmente, debe tenerse en cuenta que Colpensiones no puede resultar afectada al ser un tercero en el acto jurídico del traslado, en atención al principio de la relatividad jurídica.

La AFP Porvenir S.A. solicita se revoque la condena por devolución de gastos de administración de forma indexada, por cuanto no corresponden a dineros destinados a financiar la pensión de la demandante en caso que se hubiere pensionado con Porvenir, correspondiendo a sumas por su debida gestión y, que con el traslado de

los rendimientos se compensa la depreciación del poder adquisitivo de la moneda que pudiere haberse generado en los emolumentos a retornar.

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

V. CONSIDERACIONES

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

VI. CASO CONCRETO

Se encuentra demostrado en el proceso que el actor estuvo afiliado y cotizó al Instituto de Seguros Sociales desde el 25 de enero de 1984 (expediente administrativo, archivo 07, fl. 46), y migró al RAIS, el 9 de mayo de 1997 a través de la AFP Porvenir, mediante la suscripción de formulario de vinculación, con efectividad del 1 de julio de esa anualidad (expediente digital, archivo 06 fls. 79 y 81).

Al absolver interrogatorio de parte el demandante señaló que a Porvenir se afilió en 1997, cuando a la oficina en donde trabajaba llegó una asesora de Porvenir, reunió a un grupo de trabajadores, aproximadamente 20 o 30, quien les dijo y generó pánico que el seguro social se iba a acabar y que iban a perder sus ahorros, lo que le pareció consecuente pues, para esa época no era un secreto que el seguro tenía problemas en el sector de salud. No se le explicó que se abriría una cuenta

de ahorro individual donde se depositarían sus ahorros pensionales, le dijo que se podría pensionar de manera anticipada, pero no le explicó cómo; no conocía los requisitos para acceder a la pensión con el seguro social ni con Porvenir, ni le habló de la devolución de aportes; le entregaron un formulario y él lo llenó; la reunión no duró más de 20 minutos y, el argumento de ella fue generar un pánico referente a que el seguro se iba a acabar. Lo que tiene claro de esa reunión es que con base en ese pánico, cualquier otro argumento para él era innecesario; afirma que en su cargo viajaba mucho y no le dio relevancia posteriormente al traslado. No sabe por qué aparece el traslado a Colpatria; afirma no haber recibido extractos de Porvenir. Dice que su principal motivo para retornar a Colpensiones es por el monto de la mesada pensional, porque tiene un niño pequeño y necesita velar por él y, porque se siente engañado pues se retiró del seguro social bajo la falsa creencia de que se iba a acabar. Porvenir no se comunicó con él antes de cumplir los 57 años de edad. Nunca se acercó a trasladarse nuevamente a Colpensiones porque nunca tuvo un argumento sólido, desconocía las consecuencias de su traslado.

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

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

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

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

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

Importa señalar que las sumas descontadas por concepto de gastos de administración deben ser trasladadas debidamente indexadas, como quiera que estos dineros no entraron a la cuenta individual y por tanto respecto de ellos no se generaron rendimientos y el demandante no está

llamado a sufrir las consecuencias de la pérdida del valor adquisitivo por el paso del tiempo.

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

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

Sin costas en este grado jurisdiccional, ni en la instancia ante su no causación.

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE

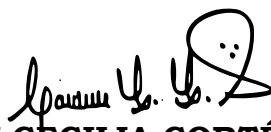
PRIMERO: MODIFICAR el numeral tercero de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 30 de noviembre de 2022, que quedará del siguiente tenor: **CONDENAR** a la AFP Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones debidamente actualizado el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto con los rendimientos, los bonos pensionales así como los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima a que haya lugar; los gastos de administración, comisiones, y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

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

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

CUARTO: Sin COSTAS en la consulta ni en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada
Con aclaración de voto
032 2021 00393 01



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 038 2021 00406 01
DEMANDANTE: PEDRO DUARTE BEJARANO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE FONDOS
DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por las demandadas Colpensiones y Porvenir S.A., contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 22 de noviembre de 2022. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

El accionante pretendió que se declare la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado a través de la AFP Porvenir. En consecuencia, se ordenó a la AFP a devolver todos los valores que hubiese recibido por motivo de afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas de las aseguradoras, con todos sus frutos como; rendimientos financieros, intereses y gastos administrativos, a Colpensiones y, a ésta a validar los aportes e incorporarlos a la historia laboral. Así mismo, se condene en las costas.

En respaldo de sus pretensiones, narró que fue trasladado del régimen de prima media al RAIS el 01 de enero de 2000, a través de suscripción de contrato. Aduce que se omitió la obligación del buen consejo por parte del RAIS, al no brindarle una información clara y

completa de los beneficios, contras y/o consecuencias del traslado. Solicitó el traslado a las demandadas, negado por Colpensiones (expediente digital, archivo 01 fls. 13 a 15).

Al dar contestación, Colpensiones se opuso a las súplicas de la demanda en su contra. Admitió la solicitud de traslado y la respuesta negativa. Manifestó que los restantes hechos no le constan. Formuló como excepciones de mérito las que denominó: aplicación del precedente establecido en la sentencia SL 373 del 2021, el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe, inexistencia del derecho y las demás declarables oficiosamente. Argumentó que la afiliación del demandante al RAIS, se realizó con plena voluntad, suscribiendo el formulario para efectuarlo, voluntad que se vio ratificada por más de 20 años en que ha realizado cotizaciones a ese régimen; el accionante que está incurso en prohibición legal de retornar a prima media en razón de la edad y no es beneficiario del régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993. Aduce que no es válido imponer a las administradoras obligaciones y soportes de información no previstos en el ordenamiento jurídico vigente al momento del traslado y; que sobre el afiliado también recaía su deber de información (expediente digital, archivo 07 fls. 37 a 56).

La AFP Porvenir S.A., rechazó el éxito de las pretensiones. Frente a los hechos manifestó no constarle o no ser ciertos. Propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y, las declarables de oficio. En su defensa expuso que la afiliación del demandante al fondo de pensiones Protección se efectuó de manera libre y voluntaria, brindando una asesoría completa y comprensible, siendo su traslado válido, lo que se corrobora con el formulario de afiliación; sin ejercer su derecho de retracto, ni regresar al RPM en oportunidad (expediente digital, archivo 08 fls. 1 a 21).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo del 22 de noviembre de 2022 (expediente digital, archivo 13), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación verificada por PEDRO DUARTE BEJARANO con destino a la AFP PORVENIR S.A el 23 de noviembre de 1999. Lo anterior específicamente por lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia.

SEGUNDO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y a la AFP PORVENIR S.A. que conjuntamente adelanten las gestiones administrativas y financieras tendientes a retornar con destino al RPMPD administrado por COLPENSIONES las cotizaciones integrales efectuadas en favor del demandante con destino al RAIS, durante el tiempo en que permaneció vinculado a este régimen, debiendo transferirse las respectivas cotizaciones integrales debidamente indexadas, tomando para el efecto el IPC, que certifique el DANE de acuerdo con la fórmula:

$$\frac{\text{ÍNDICE FINAL}}{\text{ÍNDICE INICIAL}} \times \text{VALOR HISTÓRICO} = \text{VALOR INDEXADO}$$

(Valor de cada cotización)

Debiéndose tomar como índice inicial, el de la fecha en que se realizó el pago de la respectiva cotización integral y como índice final, el de la fecha en que se verifique el reembolso con destino al RPMPD, siendo pertinente señalar que las accionadas contarán con un término de 30 días contados a partir de la ejecutoria de la presente sentencia para finiquitar tal procedimiento, resaltando que el pago correspondiente se podrá hacer tomando para el efecto el importe de las sumas que obren en la cuenta de ahorro individual del demandante y en caso de ser insuficientes, se aplique la diferencia con cargo a recursos propios de la AFP PORVENIR S.A. Lo anterior, por lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia.

Ahora bien, de subsistir saldos luego de estas operaciones en la cuenta de ahorro individual del demandante, los mismos deberán ser girados al Fondo de Solidaridad Pensional, al hacer parte estos recursos al Sistema General de Pensiones.

TERCERO: EXCEPCIONES. Dadas las resultas del juicio, el Despacho declara no probadas las propuestas, respecto de las determinaciones adoptadas.

CUARTO: COSTAS. Lo serán a cargo de la demandada AFP PORVENIR S.A. En firme la presente providencia, por secretaría practíquese la liquidación de costas incluyendo en ella como agencias en derecho la suma de \$1'000.000, en favor de la demandante.

QUINTO: Si no fuere apelada oportunamente la presente sentencia, CONSÚLTESE con el SUPERIOR.

Como sustento de su decisión, arguyó que conforme al criterio jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha resaltado el deber de las AFP de suministrar información objetiva comparada y transparente sobre las características, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes así como de las consecuencias

jurídicas del traslado, carga de la prueba que corre por cuenta de la AFP, quien no acreditó haberla cumplido.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes las demandadas interpusieron recurso de apelación.

Colpensiones manifestó que el demandante se encuentra afiliado debidamente al RAIS, estando en una prohibición legal para retornar al RPM en razón a la edad. La carga de la prueba de desvirtuar la buena fe de la AFP estaba en cabeza de la demandante, sobre quien recaía también el deber de información como consumidor, contrario a ello, ratifica la intención de mantenerse en el RAIS, al no hacer traslado por tantos años.

Porvenir S.A., se opone a la devolución de gastos de administración y primas de seguros previsionales, por lo que solicita acoger la teoría de las restituciones mutuas, por lo que no hay lugar a devolver dineros diferentes a los legalmente estipulados, pues generaría un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones quien no administró los recursos de este afiliado. Al ser valores no destinados a financiar la pensión, recae sobre ellos la prescripción. De confirmarse la decisión, solicita se autorice a descontar las restituciones mutuas. Finalmente reprocha la indexación, pues configuraría una doble sanción.

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

V. CONSIDERACIONES

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

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

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

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

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

La Sala de Casación Laboral, en proveído CSJ SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia CSJ SL 1688-2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y, por ello, el examen del acto de

cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde aquella institución. De otra parte, en las decisiones CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL19447-2017 y CSJ SL1421-2019, la misma Corporación indicó que el libre albedrio exigido por el sistema de seguridad social, no se restringe *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* la que no se configura con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues se requiere contar con elementos de juicio suficientes para entender las consecuencias de la decisión. Además, que la firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020, STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021; CSJ SL 150-2022).

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

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

prueba, y debe entonces la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional.

VI. CASO CONCRETO

Se encuentra demostrado en el proceso que el actor estuvo afiliado y cotizó al Instituto de Seguros Sociales desde el 28 de noviembre de 1989 (expediente digital, archivo 07, fls. 83 a 86); migró al RAIS el 23 de noviembre de 1999, a través de la AFP Porvenir, hoy Porvenir, mediante la suscripción de formulario de vinculación (expediente digital, archivo 08, fls. 85 y 89).

Al absolver interrogatorio de parte la demandante señaló que se trasladó a Porvenir, cuando trabajaba en una empresa en Cota, llegaron los asesores de Porvenir, les explicaron unas cosas y la mayoría decidió trasladarse. Les dijeron que con Porvenir tendría una mejor pensión y más pronta, no recuerda con exactitud todo lo que les dijeron, pero sí que iban a tener unas buenas garantías. Fue una reunión grupal, más o menos 200 personas, estaba todo el personal de la empresa. Le hicieron firmar un formulario. El motivo principal por el que decidió trasladarse al fondo privado fue porque les dijeron que el seguro social estaba regular y se iba a acabar, en cambio en Porvenir iban a estar más seguros. No se acercó a averiguar por su traslado antes de los 52 años de edad. Quiere retornar a Colpensiones porque según información que ha tenido, en Colpensiones recibiría mejores garantías. No le hicieron reasesoría.

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

le permitiera a la afiliada conocer los efectos del traslado, acorde a su situación personal.

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

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

Por ello, la Sala modificara la decisión de primera instancia, en tanto declaró la ineficacia de la afiliación, para declarar la del traslado, porque este es el acto de vinculación al sistema y las consecuencias jurídicas que se derivan del presente proceso, responden a la falta del deber de información al momento de traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad.

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

Por tanto, la AFP Porvenir S.A. administradora a la que se encuentra actualmente afiliado el accionante deberá devolver a Colpensiones el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto con los rendimientos, bonos pensionales y porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, a que haya lugar, los valores utilizados en seguros previsionales, con cargo a sus propias

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

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

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

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

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

Sin costas en este grado jurisdiccional, ni en la instancia ante su no causación.

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral **PRIMERO** de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 22 de noviembre de 2022, para en su lugar disponer la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la demandante, conforme quedo expresado en la parte motiva de esta providencia.

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

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

omisión del fondo de pensión y así se indicará en la parte resolutive de esta providencia.

CUARTO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia del *a quo*.

QUINTO: Sin **COSTAS** en la consulta ni en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada

Con aclaración de voto



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 038 2021 00535 01
DEMANDANTE: CLAUDIA MARITZA STAPER ORTEGA
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE FONDOS
DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la demandada Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 27 de marzo de 2023. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

La accionante pretendió que se declare la ineficacia de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado a través de la AFP Protección. En consecuencia, se ordené a la AFP a trasladar el valor total de los dineros que reposan en la cuenta de ahorro individual, a Colpensiones y, a ésta a aceptarla e inscribirla. Así mismo, se condene a lo *ultra extra petita* y, las costas.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 8 de febrero de 1964; inició su vida laboral el 12 de enero de 1988, cotizando al Seguro Social. Desde julio de 1994 ha efectuado cotizaciones a la AFP Protección, donde suscribió formulario el 7 de junio de 1994. Habiendo cotizado en total de 1289 semanas. Aduce que para la fecha del traslado no se le informaron los efectos jurídicos que acarrearía esta decisión, no se le dio una asesoría personalizada, ni se le informó desventajas, características,

ni modalidades. El 11 de agosto de 2021, la AFP le manifestó que su mesada pensional sería de \$1'704.434, por lo que se dio cuenta que lo prometido al momento de la afiliación no correspondía a la realidad, toda vez que en Colpensiones sería de \$3'824.307. Elevó petición a las demandadas, obteniendo respuestas negativas (expediente digital, archivo 01 fls. 6 a 14).

Al dar contestación, Colpensiones se opuso a las súplicas de la demanda en su contra. Admitió la data de nacimiento de la demandante, sus cotizaciones al ISS, la solicitud de traslado y la respuesta negativa. Manifestó que los restantes hechos no le constan. Formuló como excepciones de mérito las que denominó: aplicación del precedente establecido en la sentencia SL 373 del 2021, el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe, inexistencia del derecho y las demás declarables oficiosamente. Argumentó que la afiliación de la demandante al RAIS, se realizó con plena voluntad, suscribiendo los formularios para efectuarlo, voluntad que se vio ratificada por más de 27 años en que ha realizado cotizaciones a ese régimen; la accionante que está incurso en prohibición legal de retornar a prima media en razón de la edad y no es beneficiaria del régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993. Aduce que no es válido imponer a las administradoras obligaciones y soportes de información no previstos en el ordenamiento jurídico vigente al momento del traslado y; que sobre la afiliada también recaía su deber de información (expediente digital, archivo 06 fls. 2 a 25).

La AFP Protección S.A., rechazó el éxito de las pretensiones. Frente a los hechos aceptó la data de nacimiento de la actora, las cotizaciones a esta AFP, la suscripción del formulario de afiliación, la proyección pensional efectuada, la solicitud de ineficacia y la respuesta. Frente a los demás manifestó no constarle o no ser ciertos. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de

administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y, la genérica. En su defensa expuso que la afiliación de la demandante al fondo de pensiones Protección fue producto de una decisión informada, libre de presiones o engaños, con el cumplimiento de todos los requisitos exigidos por las normas que se hallaban vigentes para la fecha en que se produjo, lo que se corrobora con el formulario de afiliación y, siempre se garantizó el derecho de retracto. La demandante no es beneficiaria del régimen de transición (expediente digital, archivo 07 fls. 1 a 26).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo del 27 de marzo de 2023 (expediente digital, archivo 13), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación verificada por la señora CLAUDIA MARITZA STAPER ORTEGA con destino a A.F.P. PROTECCIÓN S.A. con la ocasión de la suscripción del formulario de afiliación con DAVIVIR del 7 de julio de 1994. Lo anterior, específicamente por lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia.

SEGUNDO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y a la A.F.P. PROTECCIÓN S.A., que conjuntamente adelanten las gestiones administrativas y financieras tendientes a reactivar la afiliación de la demandante en el Régimen de Prima Media con Presión Definida y a retornarle al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES, los recursos recibidos, por cuenta de la demandante con destino al RAIS, durante el tiempo que duro irregularmente vinculada a este régimen, debiendo transferirse los respectivos recursos debidamente indexados, tomando para el efecto el IPC, que certifique el DANE de acuerdo con la fórmula:

ÍNDICE FINAL

$$\text{ÍNDICE FINAL} = \text{ÍNDICE INICIAL} \times \text{VALOR HISTÓRICO} = \text{VALOR INDEXADO}$$

(Valor mensualmente recibido en el régimen de ahorro individual)

ÍNDICE INICIAL

Así deberá tomarse como índice inicial el del mes en que se verificó el giro de los recursos correspondientes con destino al RAIS, y como índice final el del momento que se efectuó el traslado de los recursos con destino al Régimen de Prima Media con Presión Definida. Siendo pertinente señalar que las accionadas contarán con un término de 30 días contados a partir de la ejecutoria de la presente sentencia, para finiquitar este procedimiento, resaltando que el pago correspondiente, se podrá hacer tomando para el efecto el importe de sumas que obren en la cuenta de ahorro individual de la demandante y en caso de ser insuficientes, se pagaran con los recursos propios con de la A.F.P. PROTECCIÓN S.A., sin lugar de descuento alguno. Lo anterior, por lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia.

Cabe anotar que de subsistir saldos en la cuenta de ahorro individual de la demandante, luego de estos procedimientos, deberán ser girados con destino al fondo de solidaridad pensional.

TERCERO: EXCEPCIONES. Dadas las results del juicio, el Despacho declara no probadas las propuestas, respecto de las determinaciones adoptadas.

CUARTO: COSTAS. Lo serán a cargo de la demandada AFP PROTECCIÓN S.A. En firme la presente providencia, por secretaria practíquese la liquidación de costas incluyendo en ella como agencias en derecho la suma de \$1'000.000, en favor de la demandante.

QUINTO: Si no fuere apelada oportunamente la presente sentencia, CONSÚLTESE con el SUPERIOR.

Como sustento de su decisión, arguyó que conforme al criterio jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha resaltado el deber de las AFP de suministrar información objetiva comparada y transparente sobre las características, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes así como de las consecuencias jurídicas del traslado, carga de la prueba que corre por cuenta de la AFP, quien no acreditó haberla cumplido.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la demandada Colpensiones manifestó que la carga de la prueba de desvirtuar la buena fe de la AFP estaba en cabeza de la demandante, sobre quien recaía también el deber de información como consumidor, contrario a ello, ratifica la intención de mantenerse en el RAIS, al no hacer traslado por tantos años.

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

V. CONSIDERACIONES

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

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

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

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

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

La Sala de Casación Laboral, en proveído CSJ SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia CSJ SL 1688-2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y, por ello, el examen del acto de

cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde aquella institución. De otra parte, en las decisiones CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL19447-2017 y CSJ SL1421-2019, la misma Corporación indicó que el libre albedrio exigido por el sistema de seguridad social, no se restringe “*a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada*” la que no se configura con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues se requiere contar con elementos de juicio suficientes para entender las consecuencias de la decisión. Además, que la firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020, STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021; CSJ SL 150-2022).

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

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

prueba, y debe entonces la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional.

VI. CASO CONCRETO

Se encuentra demostrado en el proceso que la actora estuvo afiliada y cotizó al Instituto de Seguros Sociales desde el 23 de marzo de 1990 (expediente digital, archivo 06, fls. 52 a 54); migró al RAIS el 7 de junio de 1994, a través de la AFP Davivir, hoy Protección, mediante la suscripción de formulario de vinculación (expediente digital, archivo 07, fls. 40 y 44).

Al absolver interrogatorio de parte la demandante señaló que se trasladó a Davivir en 1994, cuando estaba en el Clinicentro de Colsanitas trabajando y los empleadores de esa época organizaron una reunión con la asesora de Davivir y sugerirles que se cambiaran a ese fondo y decían que era inminente que se acababa el seguro social. Fue una reunión de unos 15 minutos, donde les planteó básicamente que en este régimen iban a tener la misma o mejor pensión que en el seguro, y podrían pensionarse con menor edad, pero no le informó cómo, no entró en detalles; le ayudó a llenar los datos y ya, continuó trabajando. Se motivó a trasladarse porque recién había entrado en vigencia la ley 100 y estaban en el gremio de salud preocupados porque se había acabado el seguro social en salud, y se decía que también se acabarían en pensiones. Siempre se quedó con la idea de que era cierto lo que les dijeron por eso continuó haciendo sus aportes cada mes, sin indagar. Como todo era nuevo para ella, no se le ocurrió ni siquiera que preguntar, máxime porque era su empleador quien les recomendaba el cambio. No ha solicitado pensión.

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

diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiera a la afiliada conocer los efectos del traslado, acorde a su situación personal.

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

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

Por ello, la Sala modificara la decisión de primera instancia, en tanto declaró la ineficacia de la afiliación, para declarar la del traslado, porque este es el acto de vinculación al sistema y las consecuencias jurídicas que se derivan del presente proceso, responden a la falta del deber de información al momento de traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad.

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

Por tanto, la AFP Protección S.A. administradora a la que se encuentra actualmente afiliada la accionante deberá devolver a Colpensiones el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con los rendimientos, bonos pensionales y porcentajes

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

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

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

Sin costas en este grado jurisdiccional, ni en la instancia ante su no causación.

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral **PRIMERO** de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 27 de marzo de 2023, para en su lugar disponer la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la demandante, conforme quedo expresado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ADICIONAR el numeral **SEGUNDO** de la sentencia, en el sentido de **CONDENAR** a Protección S.A. a trasladar a Colpensiones debidamente actualizado el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con los rendimientos, los bonos pensionales a que haya lugar; así como los gastos de administración, comisiones, porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima a que haya lugar; con cargo a sus propias utilidades. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

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

CUARTO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia del *a quo*.

QUINTO: Sin **COSTAS** en la consulta ni en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada
Con aclaración de voto
038 2021 00535 01



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 039 2021 00128 01
DEMANDANTE: MARTHA ISBEL FORERO JIMÉNEZ.
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS Y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la demandada Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 17 de marzo de 2023. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

La accionante pretendió que se declare la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado a través de la AFP Protección S.A. En consecuencia, se ordenó a esta AFP a trasladarla al régimen de prima media, así como el bono pensional con sus respectivos rendimientos financieros a Colpensiones y; a esta última, autorizar el traslado.

En respaldo de sus pretensiones, narró que estuvo afiliada al sistema general de pensiones administrado por el ISS, desde el 7 de julio de 1983 al 28 de febrero de 1995 y, posteriormente, por decisión de Bavaria, empresa donde estaba vinculada, fue trasladada a Protección desde marzo de 1995 a junio de 2020. Aduce que no tuvo ninguna clase de información que le permitiera establecer con claridad los beneficios y

perjuicios que le acarrearía cambiar de fondo. Según proyección pensional de Protección, el valor de su mesada sería de \$1'800.000, mientras que en Colpensiones sería de \$2'056.406. Cumplió 57 años de edad el 24 de agosto de 2020. Radicó petición de traslado a las demandadas, obteniendo respuestas negativas (expediente digital, archivo 01, fls. 4 a 12).

Al dar contestación, Colpensiones se opuso a las súplicas de la demanda en su contra. Admitió la edad de la demandante y el derecho de petición con su respuesta negativa. Manifestó que los restantes hechos no le constan. Formuló la excepción previa de falta de competencia: (reclamación administrativa) y, como excepciones de mérito 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 las demás declarables oficiosamente. Argumentó que la accionante no es beneficiaria del régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993; que está incurso en la prohibición legal de retornar a prima media en razón de la edad; no hizo uso del derecho de retracto y; que no se configuró vicio del consentimiento (expediente digital, archivo 09 fls. 2 a 43).

La AFP Protección se opuso al éxito de las pretensiones. Frente a los hechos manifestó ser cierta la edad de la actora, la solicitud de traslado y, su negativa. Propuso las excepciones de mérito, formuló 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 el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y, las declarables de oficio. En su defensa expuso que la afiliación de la demandante al fondo de pensiones Protección se efectuó de manera libre y voluntaria,

completamente libre de vicios del consentimiento, lo que se corrobora con el formulario de afiliación, brindando una asesoría completa y comprensible, conforme a la normatividad de la época, siendo su traslado válido; sin ejercer su derecho de retracto, ni regresar al RPM en oportunidad (expediente digital, archivo 08 fls. 3 a 25).

Mediante auto del 24 de febrero de 2022 se dispuso la vinculación de Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías como demandada (archivo 12); quien al contestar, rechazó las peticiones del escrito inaugural. Manifestó no constarle ningún hecho. Formuló las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago, y las declarables de oficio. Sostuvo que el traslado se realizó al amparo de la normativa vigente para la época y fue resultado de la voluntad libre y espontánea de la demandante, quien no hizo uso del derecho de retracto, por lo tanto, no existió vicio del consentimiento. Finalmente, la actora no es beneficiaria del régimen de transición (expediente digital, carpeta 18 fls. 2 a 15).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo del 17 de marzo de 2023 (expediente digital, archivo 25), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR que el traslado que hizo la señora MARTHA ISBEL FORERO JIMÉNEZ del régimen de prima media al régimen de ahorro individual a través de COLFONDOS, con efectividad a partir del 01 de mayo de 1995 es ineficaz y, por ende, no produjo efecto alguno por lo que se deberá entender que la demandante jamás se separó del régimen de prima media, situación que también se predica del traslado que hizo la actora de Colfondos a PROTECCIÓN cuya efectividad comenzó el 1 de junio de 2006.

SEGUNDO: CONDENAR a COLFONDOS a que transfiera a COLPENSIONES, entidad que administra el régimen de prima media, los gastos de administración, comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al Fondo de Garantía

de Pensión Mínima, debidamente indexados al momento de cumplir el fallo. Estos conceptos deberán aparecer discriminados con los respectivos valores junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifique y que facilite el cumplimiento de la obligación.

TERCERO: CONDENAR a PROTECCIÓN a que transfiera a COLPENSIONES, todas las sumas de dinero obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante junto con sus rendimientos y bono pensional de haberse redimido, así como los gastos de administración, comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, aclarando que desde el concepto de gastos en adelante se deberán indexar al momento del pago. Estos conceptos deberán aparecer discriminados con los respectivos valores junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifique y que facilite el cumplimiento de esa obligación.

CUARTO: ORDENAR a COLPENSIONES que reciba los dineros que trata el numeral segundo y tercero y reactive la afiliación de la demandante sin solución de continuidad.

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

SEXTO: INFORMAR a COLPENSIONES que puede acudir a las acciones judiciales para obtener el resarcimiento de los eventuales perjuicios que se puedan causar, en contra de Protección.

SÉPTIMO: CONDENAR EN COSTAS a PROTECCION S.A. y COLFONDOS S.A., dentro de las cuales se deberá incluir como agencias en derecho la suma de \$2.320.000. Para la liquidación se deberá aplicar la regla 6 del artículo 365 del CGP. Se exonera a COLPENSIONES de las costas, conforme a lo explicado en la parte motiva.

OCTAVO: CONSÚLTESE la presente decisión por tener órdenes a cargo de COLPENSIONES.

Como sustento de su decisión, señaló que ninguna de las AFP demandadas demostraron haber cumplido con su deber de información de manera clara y comprensible al momento de la afiliación ni posteriormente, sin que sea suficiente la simple suscripción del formulario; carga que les correspondía en los términos del artículo 1604 del Código Civil; obligación que además perdura durante todo el tiempo de afiliación y cuando se hacen traslados horizontales.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme Colpensiones manifestó que la demandante no cumple con los requisitos para trasladarse de régimen pensional, de acuerdo con los preceptos legales y jurisprudenciales, Así mismo, no se acreditó que

existido algún tipo de engaño por parte de las AFP y, teniendo en cuenta que en las oportunidades legales nunca manifestó su deseo alguno de retractarse de la afiliación efectuada, en un término de más de 27 años, debiendo asumir las consecuencias legales de tal decisión, que no son otras que las de regirse por las normas, procedimientos y requisitos establecidos en el régimen de ahorro individual.

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

V. CONSIDERACIONES

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

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

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

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

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

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

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

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

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

VI. CASO CONCRETO

Se encuentra demostrado en el proceso que la demandante estuvo afiliada y cotizó al Instituto de Seguros Sociales desde el 7 de julio de 1983 al 28 de febrero de 1995 (expediente administrativo, archivo 15¹), fecha a partir de la cual migró al RAIS, a través de la AFP Colfondos S.A., mediante la suscripción de formulario de vinculación (expediente digital archivo 18, fl. 16), y posteriormente, se trasladó horizontalmente a la AFP Protección S.A., el 27 de abril de 2006 (expediente digital, archivo 08, fl. 34 y 48).

Al absolver interrogatorio de parte la demandante señaló que en el año 1995 trabajaba en la empresa Bavaria, que tenía inversión de más o menos el 26% en Colfondos y, les hicieron una convocatoria a los

¹ 9.1ExpedienteAdministrativo: GRP-SCH-HL-66554443332211_2104-20211014075022

empleados para hacer el traslado a Colfondos para pensiones. Fue una reunión grupal, más o menos 50 personas, en el auditorio y solamente les dijeron que los iban a pasar, sin darles información en cuanto a beneficios o perjuicios, ni información comparativa entre otras empresas. Fue con la Jefatura de personal de Bavaria, o sea, el área de personal, y dentro de la misma reunión, había representantes de Colfondos, pero no les dieron información personalizada, sino que fue global y masiva. El asesor les dijo que les iban a hacer el traslado y que eso iba a ser para mejorar el manejo de las pensiones de los empleados. Para la firma del formulario, hicieron los empleados una fila y cada uno iba pasando y firmando sin mucho tiempo para la lectura, por eso no lo leyó y, porque confiaba en que su patrono le estaba ofreciendo una actividad sana. Considera que fue coaccionada en la firma, por el sentido de pertenencia con su empleador. Su motivo para retornar a Colpensiones es porque siente que no recibió una información clara y comparativa, donde se le informarían realmente los beneficios o perjuicios al hacer el traslado y, porque comparativamente es mucho más rentable. Su afiliación a Protección en el 2006, fue porque tuvo unos inconvenientes con Colfondos y nunca pudo tener comunicación con un asesor, entonces decidió trasladarse por recomendación de su hermano. Nunca la contactaron para indicarle que contaba con una última oportunidad para transferirse nuevamente a Colpensiones.

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

Cumple reiterar que la suscripción del formulario de afiliación no es suficiente para acreditar el deber de información que le asiste al fondo privado, dado que este, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de

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

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

De otra parte, la teoría de los actos de relacionamiento materializados con la permanencia en el RAIS y las cotizaciones realizadas no aplica en los asuntos de ineficacia de traslado por resultar posteriores al acto jurídico inicial, tampoco la inobservancia de los deberes del afiliado como consumidor financiero. *«Se reitera que el estudio de la acción de ineficacia se centra en el cumplimiento del deber de información en el traslado inicial que realizó la persona afiliada, y este desacato es lo que genera por sí mismo la ineficacia en los términos del artículo 271 de la Ley 100 de 1993.»* (CJS SL 5686-2021).

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

Por tanto, la AFP Protección S.A. administradora a la que se encuentra actualmente afiliada la accionante deberá devolver a Colpensiones el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto con los rendimientos, bonos pensionales y porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, a que haya lugar, los valores utilizados en seguros previsionales, con cargo a sus

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

Cumple agregar que no es posible eximir de responsabilidad a la AFP Colfondos S.A. de trasladar a Colpensiones las sumas de dinero descontadas por concepto de gastos y cuotas de administración, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales mientras la demandante estuvo vinculada a este fondo, dado que la declaración de ineficacia los obliga a devolver dichos rubros con cargo a sus propias utilidades *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (CSJ SL 5205-2020 CSJ SL 5680-2021). Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL2877-2020). Por tanto, la sentencia se confirmara en estos apartes.

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

Conforme a los rubros que se ordena trasladar se protege la sostenibilidad del sistema, dado que los aportes efectuados por el afiliado durante su vida productiva, con los cuales se edifica el financiamiento de la pensión, según los principios que inspiran el sistema de seguridad

social, retornarán a RPM en su integridad, debidamente indexados, junto con los rendimientos y de ser necesario, con cargo a los recursos propios de cada AFP. De cualquier manera, Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar de asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensión, como lo indicó la juez de primera instancia.

No se causan costas en este grado jurisdiccional, ni en la instancia.

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 17 de marzo de 2023, conforme lo expuesto en precedencia.

SEGUNDO: Sin COSTAS en la consulta ni en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


CARMEN CÉCILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada
Con aclaración de voto
039 2021 00128 01



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 002 2019 00350 01
DEMANDANTE: ALEXANDRA REGINA RODRÍGUEZ LOZANO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES Y COLFONDOS PENSIONES Y
CESANTIAS S.A.

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la demandada Colpensiones, contra la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 9 de diciembre de 2022. También, el grado jurisdiccional de consulta a su favor.

I. ANTECEDENTES

La accionante pretendió que se declare la nulidad del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuada a través de la AFP Colfondos. En consecuencia, se ordenó a la AFP demandada a trasladar la totalidad de los dineros que se encuentren en la cuenta de junto con las correcciones monetarias, a Colpensiones y, a ésta, a recibirla como afiliada sin solución de continuidad junto con los aportes y, a actualizar y corregir su historia laboral.

En respaldo de sus pretensiones, narró que estuvo afiliada al Instituto de Seguros Sociales, del 4 de agosto de 1982 al 1 de diciembre de 1998, cuando se trasladó de régimen, a través de Colfondos, por el ofrecimiento erróneo de los supuestos beneficios, pues aduce que los promotores omitieron darle la información suficiente de las diferencias,

ventajas y desventajas del cambio de régimen y, utilizaron argumentos engañosos; tampoco le informaron acerca de la imposibilidad de traslado cuando le faltaren menos de 10 años para la edad de pensión. En noviembre de 2018, Colfondos le hace una proyección de su mesada pensional, correspondiente a un salario mínimo, mientras que en el régimen de prima media sería para el 2019, de \$2'346.423, toda vez que su último salario correspondió a \$5'528.000. Solicitó el traslado a Colpensiones, el cual fue negado (expediente digitalizado, archivo 01, fls. 4 a 13).

Al dar contestación, Colpensiones, se opuso a las súplicas de la demanda en su contra. Admitió la afiliación de la demandante al ISS en las fechas indicadas, la solicitud de traslado en 2018 y su negativa. Manifestó que los restantes hechos no le constan. Formuló como excepciones de mérito las de descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, y las demás declarables oficiosamente. Argumentó que la accionante no es beneficiaria del régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993; que está incurso en prohibición legal de retornar a prima media en razón de la edad; no hizo uso del derecho de retracto, se encontraba frente a una mera expectativa y; que no se configuró vicio del consentimiento (expediente digital, archivo 04 fls. 2 a 31).

Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías rechazó las peticiones del escrito inaugural. Admitió la proyección pensional realizada y, manifestó que no son ciertos o no le constan los demás hechos. Formuló las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago, y las declarables de oficio. Sostuvo que el traslado se realizó al amparo de la normativa vigente para la época y fue

resultado de la voluntad libre y espontánea de la demandante, persona plenamente capaz, quien no hizo uso del derecho de retracto, por lo tanto, no existió vicio del consentimiento. Finalmente, la actora no es beneficiaria del régimen de transición (expediente digital, carpeta 14 fls. 2 a 16).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo del 9 de diciembre de 2022 (expediente digital, archivo 20), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado realizado por la señora ALEXANDRA REGINA RODRÍGUEZ LOZANO identificada con cédula de ciudadanía No. 51.653.421, a COLFONDOS S.A. Pensiones y Cesantías, el 4 de noviembre de 1998; de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.

SEGUNDO: CONDENAR a la COLFONDOS S.A., a devolver dentro de los cuarenta y cinco (45) días siguientes a la ejecutoria de la presente providencia a la administradora colombiana de pensiones – COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante la señora ALEXANDRA REGINA RODRÍGUEZ LOZANO tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con sus rendimientos financieros, igualmente los gastos de administración y demás emolumentos que se hubieren causado, sin lugar a descuento alguno.

TERCERO: ORDENAR a la administradora colombiana de pensiones – COLPENSIONES a aceptar tales valores, y tener como válida la afiliación efectuada por la demandante el 4 de noviembre de 1982, situación que deberá incluir en sus bases de datos y sistemas de información de historia laboral.

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

QUINTO: CONDENAR en costas a las demandadas COLFONDOS S.A. Y COLPENSIONES, dentro de las que deberá incluirse por concepto de agencias en derecho la suma equivalente a medio salario mínimo legal mensual vigente.

SEXTO: Si no fuere apelada la presente decisión, CONSÚLTESE con el Superior.

Como sustento de su decisión, señaló que el fondo privado no cumplió con la carga de la prueba para acreditar que en la afiliación primigenia cumplió con la obligación que le imponía la ley de brindar asesoría a la afiliada previa al traslado, que le permitiera tener una plena certeza sobre la elección que iba a realizar.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme Colpensiones, aduce que no se cumplen los requisitos para la procedencia de la declaratoria de la ineficacia del traslado de

régimen pensional, pues no existió el engaño que se predica en su escrito libelar. Se debe tener en cuenta la prohibición legal de traslado en que se encuentra inmersa la demanda en razón a la edad. En caso de que se confirme la condena, solicita autorice a la administradora a obtener por las vías judiciales pertinentes el valor de los perjuicios que se causen por asumir la obligación pensional de la demandante.

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

V. CONSIDERACIONES

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

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

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

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

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

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

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

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

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

VI. CASO CONCRETO

Se encuentra demostrado en el proceso que la actora estuvo afiliada y cotizó al seguro social, hoy Colpensiones, desde el 4 de agosto de 1982 al 31 de diciembre de 1998 (expediente digital, archivo 04, fls. 72 a 75); a partir de cuándo migró al RAIS, a través de la AFP Colfondos, mediante suscripción de formulario de vinculación, del 4 de noviembre de 1998 (expediente digital, carpeta 14, fls. 18).

Al absolver interrogatorio de parte la demandante señaló que se trasladó a Colfondos, porque en ese momento trabajaba con una empresa llamada CJR Confecciones, y fue una decisión del dueño de la empresa pasarlos a ese fondo, fue una asesoría de manera general en la que les dijeron que el seguro social se iba a acabar y que era mejor estar en el fondo privado. No se acercó a Colpensiones a corroborar esa información. No recuerda haber firmado formulario. En el proceso de asesoría le

indicaron que podría pensionarse antes, en el tiempo que quisiera y que en el seguro le entregaban solo el 75%, mientras que en el fondo era completo y, que lo mejor antes que se acabara el seguro, era pasarse a ese fondo. No hubo más especificaciones de nada. No realizó aportes voluntarios. Colfondos le dijo que su mesada pensional sería de un mínimo legal, mientras que en Colpensiones sería de un promedio de 3 millones y medio aproximadamente. Esa información no se la dieron en el momento de la asesoría del traslado, sino todo lo contrario, cuando le dijeron que sería del 100% de sus ingresos. Le informaron que si fallecía su pensión continuaría para la familia. No le informaron que era el régimen de transición, ni diferencia de regímenes.

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

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

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

frente al porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima (CSJ SL2209-2021).

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

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

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

Sin costas en este grado jurisdiccional, ni en la instancia ante su no causación.

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 9 de diciembre de 2022, que quedará del siguiente tenor: **CONDENAR** a Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, a trasladar a Colpensiones debidamente actualizado el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con los rendimientos, los bonos pensionales a que haya lugar; así como los gastos de administración, comisiones, porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima a que haya lugar; los gastos de administración, comisiones, y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

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

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

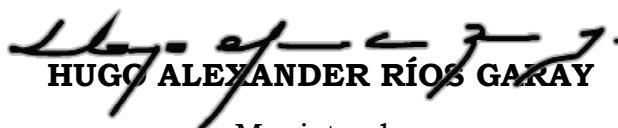
CUARTO: Sin COSTAS en la consulta ni en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MUFILLO VARÓN

Magistrada

Con aclaración de voto
002 2019 00350 02



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 002 2020 00009 01
DEMANDANTE: MARLENE VALDES
DEMANDADO: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN
PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES
DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

Decide la Sala el recurso de apelación que interpuso la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Primero Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 25 de agosto de 2021.

I. ANTECEDENTES

La accionante promovió demanda laboral para que se condene a la demandada a reconocerle la pensión de jubilación convencional, a partir del 1 de abril de 2015, bajo los parámetros del artículo 98 de la convención colectiva de trabajo suscrita entre el ISS y Sintraseguridad Social; liquidada con una tasa de reemplazo de 100% del promedio de lo percibido en los 3 últimos años de servicio; debidamente indexada; los intereses moratorios; lo ultra y extra *petita* y, costas.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 13 de mayo de 1961. Prestó servicios al ISS, un total de 1494 semanas, equivalentes a 29 años y 17 días, entre el 25 de abril de 1986 y el 30 de marzo de 2015, en calidad de trabajadora oficial. Manifestó que entre la organización sindical Sintraseguridad Social y el Instituto de Seguros Sociales, se suscribió una

convención colectiva de trabajo el 31 de octubre de 2001, con vigencia diferencial, de la cual era beneficiaria, estableciendo en su artículo 98 la pensión de jubilación, entre otros, para quienes se jubilaran entre el 1º de enero de 2007 y el 31 de diciembre de 2016. Mediante Decreto 2013 de 2012 se ordenó la supresión y liquidación del ISS, asumiendo la UGPP el reconocimiento de las pensiones de los extrabajadores. Solicitó el reconocimiento de la pensión convencional, obteniendo respuesta negativa (expediente digital, archivo 01 fls. 5 a 15).

Al dar respuesta a la demanda, la UGPP se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó la data de nacimiento de la actora, su vinculación al ISS en calidad de trabajadora oficial, su afiliación al sindicato, la convención colectiva suscrita, la liquidación del ISS, la reclamación administrativa y la respuesta negativa. Manifestó no ser ciertos o no ser situaciones fácticas los restantes. Propuso la excepción previa de falta de jurisdicción por falta de agotamiento de vía administrativa artículo 100 numeral 1. Falta de requisitos formales de la demanda y, las de mérito de improcedencia de derecho alegado por derogatoria normativa, derogatoria normativa de la convención colectiva por la ley 100 de 1993, improcedencia de la aplicación del IBL establecido en la convención colectiva, improcedencia de la aplicación de factores salariales de la convención colectiva, inexistencia de la obligación por incumplimiento de los requisitos legales para el pago de las mesadas adicionales, presunción de legalidad de los actos administrativos y firmeza del acto administrativo, principio de buena fe, caducidad y/o prescripción de la acción, prescripción y, las demás declarables de oficio. Argumentó que el Acto Legislativo 01 de 2005 impide el reconocimiento de la prestación reclamada, por cuanto el demandante al 31 de julio de 2010, no reunía el lleno de los requisitos exigidos para el reconocimiento de la pensión de jubilación convencional (expediente digital, archivo 01, fls. 325 a 345).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Primero Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 25 de agosto de 2021, absolvió a la demandada y condenó en costas a la demandante.

Como sustento de su decisión, señaló que para la fecha en que la actora cumplió los requisitos del acuerdo colectivo, esto es, 20 años de servicio y 50 años de edad, éste ya había perdido su vigencia en virtud del Acto Legislativo 01 de 2005.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la parte demandante interpuso recurso de apelación, al argumentar que jurisprudencialmente ha dicho la Corte Suprema de Justicia que cuando una disposición colectiva consagra una vigencia que cobije un periodo superior al consagrado en el Acto Legislativo 01 de 2005, debe respetarse, pues si se previó de esa manera desde de su inicio es porque la voluntad de las partes fue la de darle a dichas disposiciones jubilatorias mayor estabilidad en el tiempo y, al quedar incorporadas en el texto convencional constituyen derechos adquiridos y garantía de legítima expectativa de adquirir el derecho pensional de acuerdo a las reglas colectivas que firmaron mientras continúe vigente, así supere el límite del 31 de julio de 2010.

IV. CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala determinar si la actora tiene de derecho al reconocimiento de pensión prevista en la convención colectiva suscrita entre el Instituto de Seguros Sociales y Sintraseguridad Social.

Se encuentra acreditado dentro del proceso que: **i)** la promotora del juicio prestó sus servicios personales al extinto Instituto de Seguros Sociales del 25 de abril de 1986 y el 31 de marzo de 2015, desempeñándose como Ayudante de Servicios Generales, como consta con la certificación electrónica de tiempos laborados – CETIL (fls. 375 a 377); **ii)** nació el 13 de mayo de 1961, por lo que cumplió 50 años de edad el mismo día y mes de 2011, según se verifica con la copia de la cédula de

ciudadanía (fl. 17) y; **iii)** era beneficiaria de la convención colectiva de trabajo suscrita entre el ISS y Sintraseguridad social, conforme se estipula en el artículo 3 del convenio (fl. 159).

El 12 de junio de 2019, la señora Valdés solicitó a la accionada el reconocimiento de la pensión de jubilación convencional, pero, le fue negada mediante Resolución RDP 028459 de 20 de septiembre de 2019, bajo el argumento de no cumplir los requisitos de edad y tiempo al 31 de julio de 2010, fecha en que perdió vigencia el convenio colectivo en virtud del Acto Legislativo 01 de 2005 (fls. 35 a 37).

Pues bien, en relación con las pensiones convencionales, el Acto Legislativo N.º 01 de 2005 por el cual se reforma el artículo 48 de la Constitución Nacional, dispone en el tercer párrafo transitorio, que las reglas de carácter pensional que regían a la fecha de su vigencia contenidas en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acuerdos válidamente celebrados, se mantendrían por el término inicialmente estipulado. Y precisó que en los pactos, convenciones o laudos que se suscribieran entre la vigencia de dicho Acto Legislativo y el 31 de julio de 2010, no podrían estipularse condiciones pensionales más favorables que las que se encontraran vigentes. En todo caso, dispuso que perderían vigencia el 31 de julio de 2010.

Así, el problema jurídico planteado en el presente asunto, consiste en determinar si la prestación jubilatoria contenida en la cláusula 98 de la Convención Colectiva de Trabajo, convenida entre el Instituto de Seguros Sociales y Sintraseguridadsocial en octubre de 2001, había perdido vigencia para el 31 de marzo de 2015, fecha en que la actora se retiró del servicio, cumplía con la edad de 50 años, y había superado los 20 años de labores al servicio del Instituto, para acceder al derecho, con arreglo a lo dispuesto en el Acto Legislativo 01 de 2005.

El precepto convencional en cita dispone:

“ARTÍCULO 98: PENSIÓN DE JUBILACION. El trabajador oficial que cumpla veinte (20) años de servicio continuo o discontinuo al instituto y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) años si es hombre y cincuenta (50) años si es mujer, tendrá derecho a la pensión de jubilación en cuantía

equivalente al 100% del promedio de lo percibido en el periodo que se indica a continuación para cada grupo de trabajadores oficiales:

(i) Para quienes se jubilen entre el primero de enero de 2002 y treinta y uno de diciembre de 2006, 100% del promedio mensual de lo percibido en los dos últimos años de servicio.

(ii) Para quienes se jubilen entre el primero de enero de 2007 y treinta y uno de diciembre de 2016, 100% del promedio mensual de lo percibido en los tres últimos años de servicio.

(iii) Para quienes se jubilen a partir del primero de enero de 2017, 100% del promedio mensual de lo percibido en los cuatro últimos años de servicio.

Para estos efectos se tendrán en cuenta los siguientes factores de remuneración:

- a. Asignación básica mensual
- b. Prima de servicios y vacaciones
- c. Auxilio de alimentación y transporte
- d. Valor trabajo nocturno, suplementario y en horas extras
- e. Valor del trabajo en días dominicales y feriados

No obstante lo anterior cuando hubiere lugar a la acumulación de las pensiones de jubilación y, de vejez, por ningún motivo podrá recibirse en conjunto, por uno y otro concepto, más del ciento por ciento (100 %) del promedio a que se refiere el presente artículo. Por consiguiente, en dicho caso el monto de la pensión de jubilación será equivalente a la diferencia entre el referido porcentaje y el valor de la pensión de vejez.

(...) ” Negrillas y subrayas de la Sala.

Con arreglo al anterior precepto, para acceder a la referida pensión de jubilación, en el sub lite, la actora debía acreditar un tiempo de servicios de veinte (20) años o superior, continuos o discontinuos y, cincuenta (50) años de edad por ser mujer; lo que como se reseñó en precedencia, quedó acreditado en el presente caso para el 31 de marzo de 2015, fecha en que se retiró del servicio.

Ahora bien, no obstante que la reforma constitucional del Acto Legislativo 01 de 2005, en principio dejó sin efectos los derechos pensionales convenidos de manera extralegal entre empleadores y trabajadores, válidamente celebrados, a partir del 31 de julio de 2010, ya que, con posterioridad a esa data, no se podían reconocer las pensiones en él contenidas, salvo para los trabajadores que habiendo cumplido la totalidad de los requisitos previamente, sólo les faltara su otorgamiento;

también dejó expreso que las reglas de carácter pensional se mantendrían por el término inicialmente estipulado.

Así, no puede pasarse por alto que es el mismo contenido normativo plasmado en el convenio colectivo suscrito en el 2001, que consagró unas fechas posteriores para el reconocimiento de la pensión de jubilación pactada, como se lee de los numerales (ii) y (iii) del citado artículo 98, en donde de manera expresa quedó pactado el otorgamiento del derecho **“Para quienes se jubilen entre el 1º de enero de 2007 y 31 de diciembre de 2016” y “Para quienes se jubilen a partir del 1º de enero de 2017”**; sin que ahora, en virtud de la reforma pueda entenderse derogadas tales condiciones específicas, ya que se trata precisamente del término inicialmente estipulado.

Así lo ha explicado la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, al resolver casos de contornos similares al presente, frente a dicha cláusula convencional, puntualizando la procedencia del derecho a la pensión de jubilación, aun cuando se causa con posterioridad al 31 de julio de 2010, por cuanto de conformidad con el artículo 98 su vigencia se extiende hasta el año 2017. Así lo refirió en sentencia CSJ SL3635-2020, reiterada más recientemente en la CSJ SL2503-2022:

Bajo ese contexto, tal como se determinó en la sentencia CSJ SL2543-2020, en principio, no es posible extender los efectos de las cláusulas convencionales de carácter pensional más allá del 31 de julio de 2010. Sin embargo, asevera la Sala que, cuando una disposición colectiva consagre una vigencia que cubra un periodo superior a esa data, debe respetarse, pues, es claro, de una parte, que si se previó de esa manera desde su inicio, es porque la voluntad de las partes fue la de darle a dichas disposiciones jubilatorias mayor estabilidad en el tiempo y, de otra, al quedar incorporadas en el texto convencional, constituyen derechos adquiridos y garantía a la legítima expectativa de adquirir el derecho pensional de acuerdo a las reglas del pacto o convención colectiva de trabajo que firmaron, mientras continúe vigente, así esa vigencia supere el límite del 31 de julio de 2010.

Así es, porque los compromisos consagrados en las convenciones colectivas de trabajo constituyen derechos adquiridos, bien porque ya se han causado o bien porque hacen parte de aquellas prerrogativas concretas que, aunque no estén consolidadas, sí han determinado una expectativa válida respecto de la permanencia de sus cláusulas, basadas en el principio de la buena fe que atención al principio de la confianza legítima, significa, en el horizonte, que se alcanzarán los requisitos para su afianzamiento durante el término de su vigencia.

Ello, porque tal como tantas veces lo ha dicho esta Sala, la convención colectiva de trabajo es una verdadera fuente de derechos y obligaciones por lo menos durante el tiempo en que la misma o algunas de sus cláusulas conserven su vigencia, de modo que su ámbito de protección cobija los derechos consolidados y trasciende a las expectativas que eventualmente se alcancen durante el término pactado.

Esa y no otra, fue la intención del constituyente secundario al consagrar en los parágrafos transitorios 2.º y 3.º del Acto Legislativo 01 de 2005, el respeto por los derechos adquiridos, sujetándolos al término inicialmente pactado por las partes hasta su extinción, incluso más allá del 31 de julio de 2010, el cual incluye las prórrogas automáticas, estas sí con límite hasta esa data, tal como lo dejó sentado la Corte en las sentencias CSJ SL2543-2020, CSJ SL2798-2020 y CSJ SL2986-2020.

En esa línea de pensamiento, se advierte que en el presente asunto la promotora del juicio tiene derecho al reconocimiento de la prestación convencional implorada, al verificarse el cumplimiento de los requisitos exigidos en el artículo 98 de la CCT, para ostentar derecho a la pensión de jubilación, en cuantía equivalente al 100% del promedio de lo percibido en los tres últimos años de servicio, como lo establece el numeral *ii*) de dicho precepto; pues como quedó visto, prestó sus servicios personales al extinto Instituto de Seguros Sociales del 25 de abril de 1986 al 31 de marzo de 2015, esto es, por más de 20 años y, cumplió los 50 años de edad el 13 de mayo de 2011.

(i) De la liquidación de la pensión

A folios 44 a 49, fue allegado el documento de información de acumulados, que da cuenta de los factores salariales devengados por la actora durante los tres últimos años de servicio. Realizadas las operaciones aritméticas correspondientes, en aplicación de lo dispuesto en el numeral (ii) del artículo 98 de la norma convencional, es decir, con la inclusión de los factores de remuneración allí indicados (asignación básica mensual, primas de servicios y vacaciones, auxilio de alimentación y transporte), y certificados, se establece que el promedio mensual de lo percibido en los tres últimos años de servicio, asciende a \$4'230.061,25 valor que correspondería a la mesada para el año 2015.

La mesada pensional determinada, deberá ser incrementada año a año con los reajustes legales correspondientes y se pagará a razón de 13 mesadas al año.

Como quiera que la promotora del juicio no está llamada a sufrir las consecuencias negativas de la depreciación del dinero por el paso del tiempo, la demandada deberá cancelar debidamente indexadas las mesadas pensionales, desde que cada una de ellas se hizo exigible hasta que concurra con el pago de la obligación.

(ii) De la prescripción

En el asunto bajo examen operó el fenómeno extintivo de la prescripción, como quiera que el derecho se hizo exigible el 1 de abril de 2015, día siguiente a la terminación del vínculo laboral, y la demandante reclamó ante la entidad el reconocimiento de la prestación el 11 de junio de 2019 (fls. 19 y ss), esto es, fuera del término trienal previsto en los artículos 488 del Código Sustantivo de Trabajo y el 151 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, presentándose la demanda el 19 de diciembre de 2019 (fl. 55). En consecuencia, las mesadas causadas con anterioridad al 11 de junio de 2016 se encuentran prescritas y así se declarará en la parte resolutive.

(iii) Del retroactivo pensional

Dado que el retroactivo pensional continuará causándose, que las mesadas deben ser indexadas y se deben efectuar los descuentos para el sistema de salud, resulta inoficioso establecer un monto de retroactivo pensional, el cual deberá ser determinado por la entidad al momento de ingresar la novedad en la nómina de pensionados.

(iv) De la compartibilidad pensional

Finalmente, debe precisarse que el artículo 5º del Acuerdo 029, aprobado por el Decreto 2879 del mismo año, consagra para los empleadores inscritos al Instituto de Seguros Sociales que a partir de la fecha de publicación del mismo, otorguen pensiones de jubilación reconocidas en convención, pacto, laudo arbitral o voluntariamente,

siempre que continuaran cotizando para los riesgos de invalidez, vejez y muerte hasta el momento en que los afiliados cumplieran los requisitos exigidos por el Instituto, para que a partir de ese momento los empleadores solamente tuvieran a su cargo el mayor valor respecto de la pensión que venían recibiendo.

En el asunto que nos ocupa, se encuentra acreditado que el Instituto de Seguros Sociales efectuó cotizaciones al actor durante todo el tiempo de la relación laboral, sin embargo, no se encuentra acreditado que haya efectuado cotizaciones a Colpensiones con posterioridad al 31 de marzo de 2015 (fecha en que terminó el contrato) y hasta cuando la demandante cumplió los requisitos para acceder a la pensión de vejez; lo cierto es que deberá indicarse que la pensión aquí reconocida, tendrá el carácter de compartida con la que eventualmente reconozca Colpensiones a la demandante, siempre y cuando la demandada haya realizado las cotizaciones que le permitan acceder a la hoy demandante a tal prestación, quedando en adelante a cargo de la UGPP únicamente el mayor valor.

De conformidad con las anteriores consideraciones, atendidos los argumentos de apelación, la Sala revocará la decisión analizada para en su lugar ordenar el reconocimiento pensional suplicado.

Costas de la primera instancia a cargo de la demandada. Sin lugar a costas en la apelación, ante su no causación.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Primero Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 25 de agosto de 2021, para en su lugar **CONDENAR** a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP, a reconocer y pagar a favor de MARLENE VALDÉS, la pensión de jubilación convencional a partir del 1 de abril de 2015 en cuantía inicial de \$4'230.061,25, con la mesada adicional e incrementos legales, debidamente indexadas a la fecha en que se produzca su pago efectivo, conforme a lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: DECLARAR probada parcialmente la excepción de prescripción en relación con las mesadas causadas con antelación al 11 de junio de 2016.

TERCERO: DECLARAR que la pensión aquí reconocida, tendrá el carácter de compartida con la que eventualmente reconozca Colpensiones a la demandante, siempre y cuando la demandada haya realizado las cotizaciones que le permitan acceder a tal prestación, momento a partir del cual quedará a cargo de la UGPP únicamente el mayor valor.

CUARTO: COSTAS de la primera instancia a cargo de la demandada; no se causan en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Radicación n.º 110013105 002 2020 00009 01.

Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada

Con salvamento de voto
002 2020 00009 01



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 002 2020 00167 02
DEMANDANTE: LAURA BERMUDEZ SALGAR
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS
DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. Y
SKANDIA PENSIONES Y CESANTIAS S.A.

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por las demandadas Colpensiones y Skandia S.A., contra la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 13 de febrero de 2023. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

La accionante pretendió que se declare la nulidad de la vinculación y traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuada a través de la AFP Protección y, la efectuada posteriormente con Skandia. En consecuencia, se ordené a las AFP demandadas a trasladar todos los valores recibidos con motivo de la afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, frutos e intereses y rendimientos, a Colpensiones. Así mismo, se condene a las demandadas en costas y, lo ultra y extra *petita*.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 28 de septiembre de 1964. Inició su vida laboral el 5 de noviembre de 1987,

afiliándose al Instituto de Seguros Sociales, hasta el 1 de septiembre de 1990, fecha para la cual contaba con 137,71 semanas cotizadas, cuando se vinculó a Protección hasta octubre de 2002; posteriormente se afilió a Skandia en abril de 2003, retornó a Protección en febrero de 2012 y, finalmente a Skandia en septiembre de 2015. Aduce que asesores de los fondos privados llegaron a la empresa donde trabajaba a ofrecer el traslado de régimen; nunca le explicaron ni hicieron un estudio claro sobre la conveniencia del traslado; no recibió un cálculo comparado de su pensión; llenó el formato de afiliación al RAIS sin información alguna; y ha cotizado al RAIS aproximadamente 853 semanas. Manifiesta que su traslado obedeció a una información errada y, que con la correcta no se hubiera trasladado; que nunca recibió información sobre la posibilidad de trasladarse antes de que le faltaran 10 años para pensionarse, ni que le era más favorable devolverse al régimen de prima media. Según cálculo actuarial existe una diferencia esencial y un perjuicio entra la pensión en cada uno de los regímenes (expediente digitalizado, archivo 01, fls. 2 a 34).

Mediante auto admisorio se dispuso la integración de Colpensiones como litis consorcio necesario, quien al dar contestación, se opuso a las súplicas de la demanda en su contra. Admitió la data de nacimiento de la demandante, su afiliación al ISS en las fechas indicadas y, las semanas cotizadas al régimen de prima media. Manifestó que los restantes hechos no le constan. Formuló como excepciones de mérito 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 las demás declarables oficiosamente. Argumentó que la accionante no es beneficiaria del régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993; que está incurso en prohibición legal de retornar a prima media en razón de la edad; no hizo uso del derecho de retracto, se encontraba frente a una mera expectativa y; que no se configuró vicio del consentimiento (expediente digital, archivo 04 fls. 2 a 42).

Skandia S.A., al contestar la demanda se opuso al éxito de las aspiraciones. De los hechos dijo ser cierta la vinculación de la actora a esta AFP; respecto a los demás manifiesta no ser ciertos o no constarle. Propuso las excepciones que denominó: Skandia no participó ni intervino en el momento de selección de régimen, la demandante se encuentra inhabilitada para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado, ausencia de configuración de causales de nulidad, inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al RAIS, ausencia de falta al deber de asesoría e información, los supuestos facticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por la demandante, prescripción, buena fe y las demás declarables de oficio. En su defensa alegó que la demandante no acreditó lo fundamentos fácticos para obtener la declaratoria de nulidad de la afiliación; que la elección fue libre y voluntaria y, se materializa con la suscripción del formulario de afiliación; aduce haber cumplido el deber de información a cargo de los Fondos de Pensiones y, que la demandante se encuentra en la prohibición legal de traslado en atención a la edad, sin que sea beneficiaria del régimen de transición (expediente digital, archivo 03 fls. 3 a 21).

Por su parte, la AFP Protección se opuso al éxito de las pretensiones. Frente a los hechos aceptó la data de nacimiento de la accionante y, manifestó no constarle o no ser ciertos los demás. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, 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 el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, traslado de aportes a otra administradora y, la innominada o genérica. En su defensa expuso que brindó una asesoría completa, clara y comprensible a la demandante al momento de realizar su afiliación la cual se hizo conforme a la normatividad de la época y conforme a las exigencias existentes para ese momento, siendo su traslado válido, sin que existan

vicios en el consentimiento; además nunca ejercicio de la facultad de regresar al RPM y por el contrario, se vinculó a otras administradoras de fondos de pensiones privadas (expediente digital, archivo 12 fls. 3 a 23).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo del 13 de febrero de 2023 (expediente digital, archivo 20), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado realizado por la señora LAURA BERMÚDEZ SALGAR identificada con cédula de ciudadanía No. 39.692.724, a la administradora de fondos de pensiones PROTECCIÓN S.A., el 06 de marzo de 2000 y consecuentemente los posteriores traslados horizontales realizados a SKANDIA S.A., el 19 de septiembre de 2002, a PROTECCIÓN S.A., el 06 de diciembre de 2011 y nuevamente a la SKANDIA S.A., el 23 de julio de 2015; de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.

SEGUNDO: CONDENAR a la SKANDIA S.A., como última administradora a la cual se encuentra vinculada la demandante, 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 de la demandante tales como cotizaciones, bonos pensionales, con sus rendimientos financieros, igualmente los gastos de administración y sumas adicionales de la aseguradora, sin lugar a descuento alguno.

TERCERO: ORDENAR a la administradora colombiana de pensiones – COLPENSIONES a aceptar tales valores, y tener como válida la afiliación efectuada por la demandante en el Régimen de Prima Media el 05 de noviembre de 1987, situación que deberá incluir en sus bases de datos y sistemas de información laboral.

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

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

SEXTO: Si no fuere apelada la presente decisión, CONSÚLTESE con el Superior.

Como sustento de su decisión, señaló que el fondo privado no cumplió con la carga de la prueba para acreditar que en la afiliación primigenia cumplió con la obligación que le imponía la ley de brindar asesoría a la afiliada previa al traslado, que le permitiera tener una plena certeza sobre la elección que iba a realizar.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes las demandadas Skandia y Colpensiones, recurrieron la sentencia.

Skandia solicita se revoque la condena impuesta tendiente a devolver los gastos de administración y seguros previsionales, teniendo en cuenta que son descuentos que se realizaron en virtud de lo establecido en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, por la administración de la cuenta de la demandante de manera diligente, para generar unos rendimientos; por lo que se estaría causando un perjuicio al patrimonio, toda vez que esos dineros ya han sido utilizados para la administración en general de la cuenta de ahorro individual de la demandante y, al ordenarse su devolución, se estaría descapitalizando la cuenta de la administradora.

Colpensiones aduce que no se cumplen los requisitos para la procedencia de la declaratoria de la ineficacia del traslado de régimen pensional, pues no existió el engaño que se predica en su escrito libelar. Se debe tener en cuenta la prohibición legal de traslado en que se encuentra inmersa la demanda en razón a la edad. En caso de que se confirme la condena, solicita se ordene a Protección a devolver los dineros generados mientras la accionante estuvo allí afiliada y, toda vez que estos contribuirían con la descapitalización del sistema pensional y; se autorice a la administradora a obtener por las vías judiciales pertinentes el valor de los perjuicios que se causen por asumir la obligación pensional de la demandante y, no se condene en costas en ninguna de las instancias toda vez que fue un tercero de buena fe.

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

V. CONSIDERACIONES

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

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

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

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

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

La Sala de Casación Laboral, en proveído CSJ SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia CSJ SL 1688-2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y, por ello, el examen del acto de

cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde aquella institución. De otra parte, en las decisiones CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL19447-2017 y CSJ SL1421-2019, la misma Corporación indicó que el libre albedrio exigido por el sistema de seguridad social, no se restringe “*a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada*” la que no se configura con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues se requiere contar con elementos de juicio suficientes para entender las consecuencias de la decisión. Además, que la firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020, STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021; CSJ SL 150-2022).

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

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

prueba, y debe entonces la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional.

VI. CASO CONCRETO

Se encuentra demostrado en el proceso que la actora estuvo afiliada y cotizó al seguro social, hoy Colpensiones, desde el 5 de noviembre de 1987 al 1 de septiembre de 1990 (expediente digital, archivo 04, fls. 113 a 114); migró al RAIS, a través de la AFP Colmena, hoy Protección S.A., mediante suscripción de formulario de vinculación, del 6 de marzo de 2000; posteriormente, cambió horizontalmente a la AFP Skandia, a partir del 19 de septiembre de 2002, retornó a Protección mediante vinculación del 6 de diciembre de 2011 y; finalmente regresó a Skandia el 23 de julio de 2015 (expediente digital, carpeta 03, fls. 36, 37 y 72 y, archivo 12, fls. 32, 33 y 54).

Al absolver interrogatorio de parte la demandante señaló que todos los traslados a un fondo privado obedecieron a que era el formulario que le entregaban en la respectiva empresa a la que entraba a trabajar, sin ninguna asesoría ni información, no se sentía obligada a firmar, pero era el formulario que le pasaban y no tenía conocimiento de diferenciación entre el fondo privado y el Seguro Social y, no sabía en ese momento que podía escoger fondo de pensión. Solo recibió visita de un asesor de Skandia cuando ya estaba trabajando en el colegio estudios superiores de administración, y le dio una información general en la que como experto en pensiones le aconsejaba, porque eran menos semanas y porque supuestamente daban una mejor rentabilidad, pero sin más explicación o evaluación. Se mantuvo en el RAIS por desconocimiento de información. Quiere retornar al régimen de prima media porque ahora se dio cuenta que el valor de su mesada sería muy superior, por lo que se siente engañada por el único asesor que le aconsejó. No tenía conocimiento de que a su nombre tendría una cuenta de ahorros individual ni, que pasaría con sus aportes si fallecía.

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

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

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

De otra parte, la teoría de los actos de relacionamiento materializados con la permanencia en el RAIS y las cotizaciones realizadas no aplica en los asuntos de ineficacia de traslado por resultar posteriores al acto jurídico inicial, tampoco la inobservancia de los deberes del afiliado como consumidor financiero. *«Se reitera que el estudio de la acción de ineficacia se centra en el cumplimiento del deber de información en el traslado inicial que realizó la persona afiliada, y este desacato es lo que genera por sí mismo la ineficacia en los términos del artículo 271 de la Ley 100 de 1993.»* (CJS SL 5686-2021).

Importa resaltar que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha adocinado que en tratándose de afiliados, los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital

ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos debieron ingresar a RPM, criterio que igualmente es aplicable frente al porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima (CSJ SL2209-2021).

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

Cumple agregar que no es posible eximir de responsabilidad a las AFP Protección S.A. de trasladar a Colpensiones las sumas de dinero descontadas por concepto de gastos y cuotas de administración, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales mientras la demandante estuvo vinculada a este fondo, dado que la declaración de ineficacia los obliga a devolver dichos rubros con cargo a sus propias utilidades *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (CSJ SL 5205-2020 CSJ SL 5680-2021). En consecuencia, la sentencia será adicionada en este aspecto. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de

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

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

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

Estima la Sala que no hay lugar a absolver a Colpensiones de pagar costas del proceso toda vez que el artículo 365 del Código General del Proceso dispone que se condenará a la parte vencida o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación o revisión que haya propuesto y, en el presente asunto, la administradora resultó derrotada, pues además de declararse la ineficacia del traslado, se le ordenó, recibir recursos e imputarlos a la historia laboral de la demandante.

Sin costas en este grado jurisdiccional, ni en la instancia ante su no causación.

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 13 de febrero de 2023, que quedará del siguiente tenor: **CONDENAR** a Skandia Pensiones y Cesantías S.A. a trasladar a Colpensiones debidamente actualizado el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con los rendimientos, los bonos pensionales a que haya lugar; así como los gastos de administración, comisiones, porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima a que haya lugar; los gastos de administración, comisiones, y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia recurrida en el sentido de **CONDENAR** a la AFP Protección S.A. a trasladar a Colpensiones con cargo a sus propios recursos y debidamente actualizadas todas las sumas descontadas a la demandante por gastos y cuotas de administración, sumas adicionales de la aseguradora, porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales mientras estuvo vinculada a este fondo. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

TERCERO: DECLARAR que Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a

causar de asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensión.

CUARTO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia del *a quo*.

QUINTO: Sin COSTAS en la consulta ni en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada
Con aclaración de voto



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 002 2021 00297 01
DEMANDANTE: ÁLVARO MORENO SANTACRUZ
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES Y COLFONDOS PENSIONES Y
CESANTIAS S.A.

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la demandada Colpensiones, contra la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 13 de abril de 2023. También, el grado jurisdiccional de consulta a su favor.

I. ANTECEDENTES

El accionante pretendió que se declare la ineficacia de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuada a través de la AFP Colfondos. En consecuencia, se ordenó a la AFP demandada a trasladar la totalidad del capital de la cuenta de ahorro individual del demandante incluidos los rendimientos, bonos y/o títulos pensionales, gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, sin aplicar ningún descuento, a Colpensiones y, a ésta, a recibirlos. Asimismo, se condene a las demandadas a lo ultra y extra *petita* y, las costas procesales.

En respaldo de sus pretensiones, narró que estuvo afilado al régimen de prima media con prestación definida, cotizando 750 semanas. El 17 de mayo de 1996 se trasladó de régimen, a través de Colfondos, suscribiendo formulario de afiliación. Aduce que la AFP no le explico, de forma clara y

comparada cuáles eran las diferencias entre regímenes, ventajas y desventajas, requisitos para acceder a una pensión, factores que influyen en la determinación de su derecho pensional, ni lo referente a cuotas de administración. Afirma que no le brindó información veraz, oportuna, pertinente y objetiva para prever las consecuencias futuras que le acarrearía el traslado del régimen, ni gestión tendiente a brindarle una re-asesoría antes de que le faltarán menos de diez años para cumplir la edad mínima de pensión. Que su ingreso base de liquidación es de \$2.638.055, por lo que la pensión que le habría correspondido en Colpensiones equivaldría aproximadamente a \$2.083.994, mientras que Colfondos informa que su pensión sería de \$1.016.950. Solicitó la ineficacia de su traslado a la AFP y la activación de su afiliación a Colpensiones, obteniendo respuesta negativa (expediente digital, archivo 01, fls. 2 a 12).

Al dar contestación, Colpensiones, se opuso a las súplicas de la demanda en su contra. Admitió la afiliación del demandante al RPM, las cotizaciones efectuadas, el traslado a través de Colfondos, la solicitud de activación de la afiliación y su negativa. Manifestó que los restantes hechos no le constan. Formuló como excepciones de mérito 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 las demás declarables oficiosamente. Argumentó que el accionante no es beneficiario del régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993; que está incurso en prohibición legal de retornar a prima media en razón de la edad; no hizo uso del derecho de retracto, se encontraba frente a una mera expectativa y; que no se configuró vicio del consentimiento (expediente digital, archivo 08 fls. 2 a 40).

Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías rechazó las peticiones del escrito inaugural. Admitió la petición de ineficacia del traslado y su respuesta y, manifestó que no son ciertos o no le constan los demás hechos. Formuló las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de

legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago, y las declarables de oficio. Sostuvo que el traslado se realizó al amparo de la normativa vigente para la época y fue resultado de la voluntad libre y espontánea del demandante, persona plenamente capaz, quien no hizo uso del derecho de retracto, por lo tanto, no existió vicio del consentimiento. Finalmente, el actor no es beneficiario del régimen de transición (expediente digital, carpeta 07 fls. 4 a 18).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo del 13 de abril de 2023 (expediente digital, archivo 14), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado realizado por el señor Álvaro Moreno Santacruz identificado con cédula de ciudadanía No. 19.365.543, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, el 17 de mayo de 1996; de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.

SEGUNDO: CONDENAR a COLFONDOS S.A. Pensiones y Cesantías, a devolver dentro de los cuarenta y cinco (45) días siguientes a la ejecutoria de la presente providencia a la administradora colombiana de pensiones – COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, tales como bonos pensionales, cotizaciones, sus frutos e intereses, esto es los rendimientos causados, los gastos de administración, el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión mínima, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, sin lugar a descuento alguno deterioros sufridos por el bien administrado.

TERCERO: ORDENAR a COLPENSIONES a aceptar tales valores, y tener como válida la afiliación efectuada el 13 de agosto de 1992 por el demandante al ISS hoy Colpensiones, situación que deberá incluir en sus bases de datos y sistemas de información laboral.

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

QUINTO: CONDENAR en costas a las demandadas COLFONDOS S.A. Y COLPENSIONES, dentro de las que deberá incluirse por concepto de agencias en derecho la suma a cargo de estas de \$200.000.

SEXTO: Si no fuere apelada la presente decisión, CONSÚLTESE con el Superior.

Como sustento de su decisión, señaló que el fondo privado no cumplió con la carga de la prueba para acreditar que en la afiliación primigenia cumplió con la obligación que le imponía la ley de brindar asesoría a la afiliada previa al traslado, que le permitiera tener una plena certeza sobre la elección que iba a realizar.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme Colpensiones, aduce que no se cumplen los requisitos para la procedencia de la declaratoria de la ineficacia del traslado de régimen pensional, pues no se demostró la falta de información y sólo se está ponderando mejor un factor económico que es la mesada pensionar; al fundarse la demanda en negaciones indefinidas es imposible probar para el Fondo. En caso de que se confirme la condena, solicita que la devolución de los rendimientos, gastos de administración y primas provisionales, se hagan debidamente indexada a la fecha del traslado, en aras de pailar la descapitalización del sistema y, no se condene en costas toda vez que fue un tercero de buena fe.

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

V. CONSIDERACIONES

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

Para resolver, es menester recordar que el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 114 *ibidem* permite al

afiliado la selección libre y voluntaria del régimen pensional; por su parte, el artículo 271 del mismo estatuto, señala las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, y ordena dejar sin efecto dicho acto, y realizar uno nuevo sin presiones.

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

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

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

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

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

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

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

VI. CASO CONCRETO

Se encuentra demostrado en el proceso que el actor estuvo afiliado y cotizó al seguro social, hoy Colpensiones, desde el 30 de octubre de 1978 (expediente digital, archivo 08, fls. 41 a 43); migró al RAIS, a través de la AFP Colfondos, mediante suscripción de formulario de vinculación, del 17 de mayo de 1996 (expediente digital, carpeta 07, fls. 95 y carpeta 08, fl. 430).

Al absolver interrogatorio de parte el demandante señaló que en el año 1996, fueron visitados por Colfondos a la oficina, en una reunión colectiva con todo el personal de la empresa, más o menos 50 personas, y el fondo les fue a suministrar información de lo que correspondía trasladarse al fondo privado. Les dijeron que las características eran iguales al fondo del Estado, pero lo preocupante era que éste se estaba liquidando y por lo tanto era oportuno trasladarse; en ese momento tenía más de 10 años de cotizaciones y pretendió salvar ese ahorro. Su afiliación fue libre y voluntaria, no se le indicó que sus aportes irían a una cuenta privada, que le generarían rendimientos, o que pasaría con sus aportes en caso de que falleciera. No leyó el formulario de afiliación. No ha solicitado ante el fondo alguna asesoría, ni a Colpensiones. No le explicaron diferencias, ni del régimen de transición; tampoco hizo preguntas ni recibió asesoría posterior.

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

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

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

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

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

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

Estima la Sala que no hay lugar a absolver a Colpensiones de pagar costas del proceso toda vez que el artículo 365 del Código General del Proceso dispone que se condenará a la parte vencida o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación o revisión que haya propuesto y, en el presente asunto, la administradora resultó derrotada, pues además de declararse la ineficacia del traslado, se le ordenó, recibir recursos e imputarlos a la historia laboral del demandante.

Sin costas en este grado jurisdiccional, ni en la instancia ante su no causación.

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 13 de abril de 2023, que quedará del siguiente tenor: **CONDENAR** a Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, a trasladar a Colpensiones

debidamente actualizado el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto con los rendimientos, los bonos pensionales a que haya lugar; así como los gastos de administración, comisiones, porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima a que haya lugar; los gastos de administración, comisiones, y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

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

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

CUARTO: Sin **COSTAS** en la consulta ni en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada

Con aclaración de voto
002 2021 00297 01



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 003 2020 00223 01
DEMANDANTE: ELIAS AYALA AYALA
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. Y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la demandada Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 15 de noviembre de 2022. También, el grado jurisdiccional de consulta a su favor.

I. ANTECEDENTES

El accionante pretendió que se declare la ineficacia o, en subsidio la nulidad, del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado a través de Porvenir S.A. y posteriormente a Protección S.A. En consecuencia, se ordené a las demandadas, la devolución de todas las sumas de dinero, bonos, cotizaciones, sumas adicionales recibidas por concepto de aportes obligatorios y rendimientos a Colpensiones y; a esta última, a reactivar la afiliación sin solución de continuidad, recibir los valores y actualizar y corregir la historia laboral. Asimismo, se condene a las demandadas al pago de perjuicios morales y, costas.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 16 de marzo de 1962; trabajó para diferentes entidades, estando afiliado al régimen de prima media administrado por el ISS, desde 1990. El 25 de julio de 1994, se trasladó de régimen al RAIS, por no recibir información completa, clara, veraz, oportuna, técnica y adecuada, suscribió formulario de afiliación con Colmena, hoy Protección. El 26 de agosto de 1998, por los mismos móviles equivocados y mantenido en error, suscribió formulario de afiliación con Colpatria, hoy Porvenir. Aduce que se afilió a dichos fondos por considerar que le era mucho más beneficioso. Que una vez comenzó a funcionar el sistema pensional administrado por los fondos privados, comenzaron a ejercer una publicidad muy agresiva por diferentes medios de comunicación personal y mediante visitas, que los asesores no contaban con título ni formación profesional o capacitación adecuada. Manifiesta que no le hicieron las advertencias sobre los riesgos del traslado, no le informaron características, modalidades de pensión, bono pensional, funcionamiento, ni sobre el derecho de retracto. Que por el contrario, lo engañaron diciéndole que la condición pensional sería mucho más ventajosa, que el Régimen de Prima Media desaparecería, que tendría un monto mejor, que en ningún caso la situación sería desventajosa y, que solo tenía que firmar un documento para hacer efectivo el traslado. Que Protección le realizó proyección pensional y la diferencia con el RPM es de casi 6 millones de pesos en el monto de la mesada, resultándole más desfavorable. Solicitó la ineficacia, nulidad o inexistencia de la afiliación a las demandadas, obteniendo respuesta negativa por parte de las AFP y sin respuesta por Colpensiones (expediente digital, archivo 01 fls. 6 a 20).

Al dar contestación, Colpensiones se opuso a las súplicas de la demanda en su contra. Admitió la data de nacimiento del demandante, las cotizaciones al ISS, la afiliación al RAIS y, la solicitud presentada. Manifestó que los restantes hechos no le constan o no son ciertos. Formuló las excepciones de mérito que denominó: 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, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, y las demás declarables oficiosamente. Argumentó que el accionante se encuentra válidamente afiliado al RAIS al suscribir de manera voluntaria, consciente y sin presiones el formulario de afiliación a las AFP Porvenir y Protección; que está incurso en prohibición legal de retornar a prima media en razón de la edad y, no es beneficiario del régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993; que todas las actuaciones de Colpensiones deben estar encaminadas en pro del cumplimiento del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema y; que no se configuró vicio del consentimiento (expediente digital, archivo 06 fls. 2 a 21).

La AFP Porvenir S.A., rechazó el éxito de las pretensiones. Frente a los hechos aceptó la fecha de nacimiento del accionante, la solicitud presentada y la respuesta negativa. Manifestó no constarle o no ser ciertos los restantes. Propuso las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y, buena fe. En su defensa expuso que la afiliación del demandante al fondo de pensiones Porvenir se efectuó de forma consciente y espontánea, sin presiones o apremios de ninguna naturaleza y con el cumplimiento de todos los requisitos exigidos por las normas que se hallaban vigentes para la fecha en que se produjo, lo que se corrobora con el formulario de afiliación; que el demandante también tenía el deber de informarse sobre el traslado de régimen y sus consecuencias; que durante su vinculación como afiliado de la AFP no revirtió su decisión, pese a que contaba con la posibilidad (expediente digital, archivo 04 fls. 2 a 28).

La AFP Protección S.A. rechazó las pretensiones dirigidas en su contra. Aceptó la fecha de nacimiento del actor, la proyección pensional y, la petición de ineficacia o nulidad. De los demás hechos dijo que no son ciertos o no le constan. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción,

aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y, las declarables de oficio. Sostuvo que la afiliación del actor se realizó completamente libre de vicios del consentimiento, brindando una asesoría completa, clara y comprensible, sin que existan vicios del consentimiento; el demandante no hizo uso de la facultad de trasladarse en el término legal, esto es, antes de faltarle menos de 10 años para la edad de pensión y; señaló el deber de información del afiliado (expediente digital, archivo 05, fls. 3 a 31).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo del 15 de noviembre de 2022 (expediente digital, archivo 14), resolvió:

ARTÍCULO PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado del demandante Elias Ayala Ayala, del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, realizado el 25 de junio de 1994, y los traslados horizontales que con posterioridad se realizaron de colmena s.a. a Colpatria S.A., de Colpatria S.A. a Horizonte S.A. y de Horizonte S.A. a Protección S.A., para entender válidamente vinculado al actor, en el régimen de prima media con prestación definida, administrado por Colpensiones, todo conforme la parte motiva de esta providencia.

ARTÍCULO SEGUNDO: CONDENAR a la AFP Protección S.A., a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones todos los valores que recibió con motivo de la afiliación del promotor de este juicio por concepto de cotizaciones obligatorias, bonos pensionales en caso de que ya se encuentren redimidos, con todos los rendimientos financieros que produjo ese dinero mientras estuvo en su poder, de igual manera deberá devolver los gastos de administración, los costos de seguros previsionales, y el porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima con cargo a sus propios recursos, todo conforme a la parte considerativa de esta providencia.

ARTÍCULO TERCERO: CONDENAR a Porvenir S.A., a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones todos los valores correspondientes a gastos de administración, a los costos de primas de

seguros previsionales y el porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima que se descontaron durante el tiempo en que el accionante estuvo afiliado a los fondos Colpatria y Horizonte S.A., absorbidos por PORVENIR S.A., con cargo a sus propios recursos, todo conforme a la parte motiva de esta providencia.

ARTÍCULO CUARTO: CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones a que acepte y reciba esos dineros provenientes de Protección S.A. y Porvenir S.A., para que proceda a activar la afiliación del accionante, como si nunca se hubiese traslado del régimen de prima media con prestación definida, y así mismo le actualice su historia laboral en semanas cotizadas.

ARTÍCULO QUINTO: DECLARAR no probada la excepción propuesta por Colpensiones y que denominó principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema; de igual manera se declara no probada la excepción de prescripción propuesta por todas y cada una de las demandadas, conforme a la parte considerativa.

ARTÍCULO SEXTO: CONDENAR en costas, junto con las agencias en derecho a las demandadas Protección S.A. y Colpensiones, a pagar la suma de \$1.300.000 a cada uno de ellos. De igual manera se condenará a Porvenir S.A., a pagar como costas y agencias en derecho la suma de \$1.100.000.

ARTÍCULO SEPTIMO: En caso de no ser apelada la presente decisión por la demandada Colpensiones, CONSÚLTESE con el Superior en los términos del artículo 69 del C.P.T. y SS.

Como sustento de su decisión, señaló que las demandadas no lograron demostrar que en el momento del traslado de un régimen a otro, al accionante se le hubiese brindado información objetiva, comparada y transparente acerca de las características de los dos regímenes pensionales, sin que la voluntad de permanencia en el RAIS desvirtúe el incumplimiento del deber de información; debiendo declararse la ineficacia del traslado.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme, la demandada Colpensiones reprochó la condena en costas, en atención a ser un tercero de buena fe y, que en su momento dio una negativa de recibir al demandante conforme al imperio de la ley que lo obliga. Igualmente aduce que se constató que el actor en ningún momento se vio constreñido para tomar una decisión específica referente al traslado, sin que mostrara ánimo de regresar al RPM, teniendo oportunidad y solo lo hizo cuando vio que la mesada no era la que esperaba.

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

V. CONSIDERACIONES

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

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

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

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

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

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

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

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

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

VI. CASO CONCRETO

Se encuentra demostrado en el proceso que el actor estuvo afiliado y cotizó al Instituto de Seguros Sociales desde el 16 de julio de 1990 (expediente administrativo, archivo 07, fl. 51), y migró al RAIS, el 25 de julio de 1994, a través de la AFP Colmena, hoy Protección, mediante la suscripción de formulario de vinculación; posteriormente, cambió horizontalmente a la AFP Colpatria el 26 de agosto de 1998, a Horizonte Pensiones y Cesantías, hoy Porvenir S.A., el 29 de septiembre de 2000 y, finalmente a Protección, a partir del 12 de agosto de 2002 (expediente digital, archivo 04, fls. 58 y 60 y, carpeta 05, fls. 75, 76 y 95).

Al absolver interrogatorio de parte el demandante señaló que se trasladó a Colmena en 1994, cuando fue una señorita a la empresa para hablarles de la pensión, pero fue una charla muy rápida, les dijeron que de ahí en adelante se iban a pasar a ese fondo porque ahí les iban a manejar su pensión. A Porvenir se trasladó en 1998, cuando entró a trabajar a una empresa petrolera y fueron unos asesores a ofrecerles el servicio; no hicieron preguntas porque no tenía mucho conocimiento de qué era una

pensión. Los formularios solo los firmó. Colocó los nombres de su núcleo familiar porque ahí decía que pusiera esos nombres, pero no le explicaron para qué era esa información. No recuerda que la asesora le haya dicho características, solo que le dijeron que era mejor porque iba a tener mejor rentabilidad, que podía quedar mejor pensionado en ese fondo. No le informaron que sus aportes iban a quedar en una cuenta individual a su nombre. No entendió y aun no entiende. El traslado a Protección también fue porque cambió de empresa de trabajo y allá hay asesores que ofrecen sus servicios. No leyó los formularios de manera completa. Piensa que si entendía que cambiaba de régimen pero no sabía el resultado final. Recibe extractos pero no los entiende. No conoce las condiciones bajo las cuales se pensionaría con Protección. No se acercó al seguro social ni después a Colpensiones a solicitar información de su pensión.

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

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

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

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

De otra parte, la teoría de los actos de relacionamiento materializados con la permanencia en el RAIS y las cotizaciones realizadas no aplica en los asuntos de ineficacia de traslado por resultar posteriores al acto jurídico inicial, tampoco la inobservancia de los deberes del afiliado como consumidor financiero. *«Se reitera que el estudio de la acción de ineficacia se centra en el cumplimiento del deber de información en el traslado inicial que realizó la persona afiliada, y este desacato es lo que genera por sí mismo la ineficacia en los términos del artículo 271 de la Ley 100 de 1993.»* (CJS SL 5686-2021).

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

Por tanto, la AFP Protección S.A. administradora a la que se encuentra actualmente afiliado el accionante deberá devolver a Colpensiones el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto con los rendimientos, bonos pensionales y porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, a que haya lugar, los valores utilizados en seguros previsionales, con cargo a sus propias utilidades (CSJ SJ SL2209-2021, CSJ SL2207-2021 y CSJ SL5686-2021), así como los gastos de administración y las comisiones (CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020, CSJ SL373-2021, CSJ SL5686-2021). Por tanto, la sentencia se confirmará en esta parte, pero se modificará en el sentido de ordenar que al momento de

cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL2877-2020).

Cumple agregar que no es posible eximir de responsabilidad a la AFP Porvenir S.A. de trasladar a Colpensiones las sumas de dinero descontadas por concepto de gastos y cuotas de administración, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales mientras el demandante estuvo vinculado a este fondo, dado que la declaración de ineficacia los obliga a devolver dichos rubros con cargo a sus propias utilidades *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (CSJ SL 5205-2020 CSJ SL 5680-2021). Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL2877-2020). En consecuencia, la sentencia será confirmada en este aspecto.

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

Conforme a los rubros que se ordena trasladar se protege la sostenibilidad del sistema, dado que los aportes efectuados por el afiliado durante su vida productiva, con los cuales se edifica el financiamiento de la pensión, según los principios que inspiran el sistema de seguridad social, retornarán a RPM en su integridad, debidamente indexados, junto con los rendimientos y de ser necesario, con cargo a los recursos propios

de cada AFP. De cualquier manera, Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar de asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensión y así se indicará en la parte resolutive de esta providencia.

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

Estima la Sala que no hay lugar a absolver a Colpensiones de pagar costas del proceso toda vez que el artículo 365 del Código General del Proceso dispone que se condenará a la parte vencida o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación o revisión que haya propuesto y, en el presente asunto, la administradora resultó derrotada, pues además de declararse la inejecución del traslado, se le ordenó, recibir recursos e imputarlos a la historia laboral de la demandante.

Sin costas en este grado jurisdiccional, ni en la instancia, ante su no causación.

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 15 de noviembre de 2022, que quedará del siguiente tenor: **CONDENAR** a la AFP Protección S.A. a trasladar a Colpensiones debidamente actualizado el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto con los rendimientos, los bonos pensionales así como los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima a que haya lugar; los gastos de administración, comisiones, y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

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

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

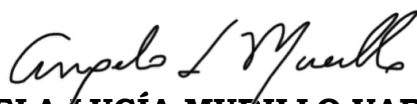
CUARTO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia del *a quo*.

QUINTO: Sin COSTAS en la consulta ni en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada
Con aclaración de voto
03 2020 00223 01



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 004 2020 00239 01
DEMANDANTE: CLAUDIA MARIA VIZCAINO TALERO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. Y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por las demandadas Colpensiones y Porvenir S.A., contra la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 6 de febrero de 2023. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

La accionante pretendió que se declare la nulidad del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuada a través de la AFP Porvenir. En consecuencia, se ordené a la AFP trasladar los aportes realizados, a Colpensiones y, a ésta, a aceptarla. Así mismo, se condene a las demandadas a lo ultra y extra *petita* y, las costas.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 10 de junio de 1964. Cotizó al ISS, hoy Colpensiones del 4 de diciembre de 1985 al 30 de septiembre de 2003. Se trasladó al RAIS a través de la AFP Porvenir, el 1 de abril de 2003. Aduce que su traslado fue consecuencia de las falsas expectativas referente a supuestas ventajas sobre el ISS y que, al momento

de realizarle la afiliación no le suministró una información real de las consecuencias del traslado, faltando al deber de información. Solicitó la nulidad de traslado a las demandadas, obteniendo negativa por Porvenir y sin respuesta por Colpensiones (expediente digitalizado, archivo 03, fls. 3 a 8).

Al dar contestación, Colpensiones se opuso a las súplicas de la demanda en su contra. Admitió la data de nacimiento de la actora, y manifestó que los restantes hechos no le constan o no son ciertos. Formuló las excepciones de mérito que denominó: 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, y las demás declarables oficiosamente. Argumentó que la accionante se encuentra válidamente afiliada al RAIS al suscribir de manera voluntaria, consciente y sin presiones el formulario de afiliación a las AFP Protección y Porvenir; que está incurso en prohibición legal de retornar a prima media en razón de la edad y, no es beneficiaria del régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993; que todas las actuaciones de Colpensiones deben estar encaminadas en pro del cumplimiento del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema y; que no se configuró vicio del consentimiento (expediente digital, archivo 10 fls. 2 a 17).

La AFP Porvenir se opuso al éxito de las pretensiones. Frente a los hechos manifestó no ser ciertos o no constarle. Propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y las declarables de oficio. En su defensa expuso que la afiliación de la demandante al fondo de pensiones Porvenir se efectuó de manera informada, libre de presiones o engaños, y voluntaria, siendo su traslado válido, lo que se corrobora con el formulario de afiliación; además la

demandante no es beneficiaria del régimen de transición (expediente digital, archivo 07 fls. 2 a 29).

Por su parte, la AFP Protección se opuso al éxito de las pretensiones. Frente a los hechos aceptó la data de nacimiento de la accionante y, manifestó no constarle o no ser ciertos los demás. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, 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 el seguro previsional cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, aplicación del precedente sobre los actos de relacionamiento al caso concreto, traslado de aportes a otra administradora de fondos de pensiones y, la innominada o genérica. En su defensa expuso que brindó una asesoría completa, clara y comprensible a la demandante al momento de realizar su afiliación la cual se hizo conforme a la normatividad de la época y conforme a las exigencias existentes para ese momento, siendo su traslado válido, sin que existan vicios en el consentimiento; además nunca ejercicio de la facultad de regresar al RPM y por el contrario, se vinculó a otras administradoras de fondos de pensiones privadas (expediente digital, archivo 18 fls. 3 a 20).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo del 6 de febrero de 2023 (expediente digital, archivo 25), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación de CLAUDIA MARIA VIZCANO TALERO a la AFP PORVENIR, realizada en 1996. En consecuencia, DECLARAR que para todos los efectos legales la afiliada nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y, por tanto, siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.

SEGUNDO: CONDENAR a la AFP PORVENIR a devolver a Colpensiones, las sumas percibidas por concepto aportes, rendimientos, los gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexadas, por el periodo en que el demandante permaneció afiliada a esa administradora, al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados

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

TERCERO: CONDENAR a la AFP PROTECCIÓN, a devolver a Colpensiones, las sumas percibidas por concepto de gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexadas, por el periodo en que la demandante permaneció afiliada a esa administradora.

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

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

SEXTO: CONDENAR en costas a las demandadas PORVENIR Y PROTECCIÓN. Fíjense como agencias en derecho la suma de medio salario mínimo y un cuarto de salario mínimo, respectivamente.

SÉPTIMO: CONCEDER el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, en consecuencia, envíese al Tribunal Superior de Bogotá - Sala Laboral.

Como sustento de su decisión, señaló que no demostraron las AFPs haber brindado a la afiliada en el momento del traslado al RAIS, información clara que le permitiese tener claras las condiciones y características de ese régimen, sin que pueda suplirse por los traslados o vinculaciones entre administradoras.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes las demandadas Porvenir y Colpensiones, recurrieron la sentencia.

La AFP Porvenir S.A. reprocha en lo referente a la indexación, afirmando que con el traslado de los rendimientos se compensa la depreciación del poder adquisitivo de la moneda que pudiere haberse generado en los emolumentos a retornar.

Colpensiones imploró revocar la decisión al señalar que no se logró demostrar con suficiencia que la afiliación al RAIS adoleciera algún tipo de vicio de consentimiento y, que igualmente, una vez en firme el traslado al fondo privado, la demandante contó con el tiempo suficiente para informarse de todos los pormenores que implicaba el traslado y así, haber solicitado en tiempo su retorno a Colpensiones.

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

V. CONSIDERACIONES

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

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

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

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

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

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

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

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

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

VI. CASO CONCRETO

Se encuentra demostrado en el proceso que la actora estuvo afiliada y cotizó al seguro social, hoy Colpensiones desde el 4 de diciembre de 1985 al 15 de octubre de 1992 (expediente digital, archivo 10, fl. 18); migró al RAIS, a través de la AFP Porvenir S.A., mediante suscripción de formulario de vinculación, del 28 de marzo de 1996; posteriormente, cambió horizontalmente a la AFP Santander Pensiones y Cesantías, hoy Protección S.A., a partir del 15 de febrero de 2001 y, retornó a Porvenir el 29 de julio de 2003 (expediente digital, carpeta 07, fls. 63 a 65 y, archivo 18, fl. 29).

Al absolver interrogatorio de parte la demandante señaló que para el momento de su traslado al RAIS, no existieron asesorías. Que trabajaba en el Búnker de la Fiscalía, y a la entrada de la puerta de su oficina, se paraban las personas de los fondos privados con sus documentos y perseguían a las personas en busca de afiliaciones, que los perseguían diciendo que mirara las bondades, que les iba rentar más, que le daría más plata y que sería mucho mejor; pero que jamás existió asesoría. Les decían que el seguro se iba a acabar y eso fue lo que la llevó al traslado. Cuando se trasladó a ING fue en las mismas condiciones, aunado a que le

dijeron que allí su dinero tendría mayor rentabilidad. Leyó el formulario, pero los términos allí incorporados no son claros. Fue consciente de que se estaba cambiando de régimen, pero no sabía las consecuencias de ello. Se le dijo acerca de los aportes voluntarios pero no su razón de ser. Considera que en su traslado hubo algo de coacción, ante la persecución que ejercían los empleados de los fondos.

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

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

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

Por ello la Sala modificará la decisión de primera instancia, en tanto declaró la ineficacia de la afiliación, para declarar la del el traslado, porque este es el acto de vinculación inicial al sistema y las consecuencias jurídicas que se derivan del presente proceso, responden a la falta al deber de información al momento del traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad.

De otra parte, la teoría de los actos de relacionamiento materializados con la permanencia en el RAIS y las cotizaciones realizadas no aplica en los asuntos de ineficacia de traslado por resultar posteriores al acto jurídico inicial, tampoco la inobservancia de los deberes del afiliado como consumidor financiero. *«Se reitera que el estudio de la acción de ineficacia se centra en el cumplimiento del deber de información en el traslado inicial que realizó la persona afiliada, y este desacato es lo que genera por sí mismo la ineficacia en los términos del artículo 271 de la Ley 100 de 1993.»* (CJS SL 5686-2021).

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

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

Cumple agregar que no es posible eximir de responsabilidad a la AFP Protección de trasladar a Colpensiones las sumas de dinero descontadas por concepto de gastos y cuotas de administración, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales mientras la demandante estuvo vinculada a este fondo, dado que la declaración de ineficacia los obliga a devolver dichos rubros con cargo a sus propias utilidades *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (CSJ SL 5205-2020 CSJ SL 5680-2021). En consecuencia, la sentencia será confirmada en este aspecto, pero se adicionará en lo referente a que al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL2877-2020).

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

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

Sin costas en este grado jurisdiccional, ni en la instancia ante su no causación.

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral primero de la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del circuito de Bogotá el 6 de febrero de 2023, en el sentido de declarar la ineficacia únicamente del traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: ADICIONAR el numeral **TERCERO** de la sentencia, en el sentido de indicar que la condena allí impuesta, al momento de cumplirse esta orden, los conceptos también deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

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

CUARTO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia del *a quo*.

QUINTO: Sin COSTAS en la consulta ni en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada

Con aclaración de voto
004 2020 00239 01



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 004 2021 00026 01
DEMANDANTE: EMMA ROSARIO BALANZÓ MUÑOZ
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA
DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS
PROTECCIÓN S.A.

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la demandada Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 2 de febrero de 2023. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

La accionante pretendió que se declare la nulidad y/o ineficacia de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) a través de la AFP Protección S.A. En consecuencia, se condene a la AFP a trasladar los aportes realizados con sus rendimientos, a Colpensiones y, a ésta a aceptarlos. Asimismo, se condena a la AFP en costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que tiene más de 1350 de cotización al sistema general de pensiones y 56 años de edad. Se afilió al ISS el 21 de septiembre de 1988, cotizando 272 semanas. En abril de 1995, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP Protección S.A. y luego a Colmena ING, hoy Protección. Aduce que en el momento del traslado el asesor le informó que el ISS se acabaría y su pensión estaría en riesgo, y que el RAIS le ofrecía alta rentabilidad,

una mesada pensional mayor y a cualquier edad. Indica que para esa época devengaba el equivalente a 10 salarios mínimos y el asesor le dijo que su pensión sería de ese valor. Manifiesta que nunca recibió asesoría. El 2 de octubre de 2019, Protección le informa que el monto de su pensión sería de \$2'512.144, mientras que en Colpensiones sería de \$3'803.240. Radicó petición ante las demandadas, obteniendo respuesta negativa (expediente digital, archivo 01 fls. 3 al 22).

Al dar contestación, Colpensiones rechazó las súplicas. Admitió la edad de la actora, las semanas cotizadas, su afiliación al ISS, el traslado a Colmena, la solicitud de traslado y su respuesta. Manifestó que los restantes hechos no le constan. Formuló las excepciones de mérito que denominó: 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, imposibilidad volver al mismo estado en que las cosas se hallarían de no haber existido el acto de traslado, 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, y las demás declarables oficiosamente. Argumentó que la accionante se encuentra válidamente afiliada al RAIS al suscribir de manera voluntaria, consciente y sin presiones el formulario de afiliación a la AFP Protección; que está incurso en prohibición legal de retornar a prima media en razón de la edad y, no es beneficiaria del régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993; que todas las actuaciones de Colpensiones deben estar encaminadas en pro del cumplimiento del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema y; que no se configuró vicio del consentimiento (expediente digital, archivo 08 fls. 2 a 16).

La AFP Protección S.A. rechazó las pretensiones dirigidas en su contra. De los hechos aceptó la edad de la demandante, el traslado a Colmena, la proyección pensional y, las peticiones con su respuesta. Manifestó que no son ciertos o no le constan los demás. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir,

buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, 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 el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y, las declarables de oficio. Sostuvo que la afiliación de la actora se realizó completamente libre de vicios del consentimiento, como se corrobora con el formulario de afiliación mediante el cual la demandante manifestó su voluntad de continuar afiliado al RAIS, brindando una asesoría completa y comprensible conforme a la normatividad de la época y conforme a las exigencias existentes para ese momento; la demandante no hizo uso de la facultad de trasladarse en el término legal, esto es, antes de faltarle menos de 10 años para la edad de pensión y; señaló el deber de información del afiliado (expediente digital, archivo 09, fls. 3 a 26).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 2 de febrero de 2023 (expediente digital, documento 17), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación de EMMA ROSARIO BALANZO MUÑOZ a la AFP Protección, realizada en 1995. En consecuencia, DECLARAR que para todos los efectos legales la afiliada nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y, por tanto, siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.

SEGUNDO: CONDENAR a la AFP Protección a devolver a Colpensiones, las sumas percibidas por concepto de aportes, rendimientos, gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados, por el periodo en que la demandante permaneció afiliado a esa administradora, al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

TERCERO: ORDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones que, una vez, se efectúe el anterior trámite, acepte sin dilación alguna el traslado de la demandante al régimen de prima media con prestación definida junto con sus correspondientes aportes.

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

QUINTO: CONDENAR en costas a la demandada Protección. Fijense como agencias en derecho la suma de medio salario mínimo legal mensual vigente.

SEXTO: CONCEDER el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, en consecuencia, envíese al Tribunal Superior de Bogotá - Sala Laboral.

Como sustento de su decisión, concluyó que la AFP no demostró que al momento de traslado brindó asesoría o suministró información sobre las características de cada régimen, las condiciones para acceder a la pensión, los efectos, riesgos, implicaciones y consecuencias de la migración por manera que resulta imperativo declarar la ineficacia deprecada.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes, las demandadas apelaron lo resuelto.

Colpensiones imploró revocar la decisión al señalar que la inversión de la carga de la prueba, pues no puede recaer únicamente en cabeza de Protección, refirió que la demandante tiene las capacidades para asesorarse de la mejor manera. Adujo que todas las actuaciones de la administradora han sido de buena fe. Señaló que como entidad del Estado no puede reconocer prerrogativas por mera liberalidad, en atención a mandato constitucional y legal. Arguyó que con la sentencia se afecta la sostenibilidad financiera pues el régimen de prima media tendrá que recibir como afiliada a la demandante quien no ha contribuido al fondo común.

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

V. CONSIDERACIONES

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

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

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

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

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

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

voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada” la que no se configura con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues se requiere contar con elementos de juicio suficientes para entender las consecuencias de la decisión. Además, que la firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020, STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021; CSJ SL 150-2022).

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

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

VI. CASO CONCRETO

Según el reporte de semanas cotizadas expedido por Colpensiones la actora se afilió al ISS el 21 de septiembre de 1988 (expediente administrativo, carpeta CC-51778788¹). Migró al RAIS, administrado por Protección S.A. el 21 de febrero de 1995, mediante formulario de vinculación, y posteriormente se trasladó a Colmena AIG, hoy Protección, el 21 de enero de 1999 (expediente digital, archivo 09 fls. 35 a 37).

Al absolver interrogatorio de parte la demandante señaló que en 1994 estaba trabajando en la corporación financiera Unión, y desde el área de Recursos Humanos los citaron a una reunión porque iba a ir un asesor de un fondo de pensiones de los que estaban creando en ese momento o algo así, fue una reunión grupal en donde les dieron los pormenores de porqué debían trasladarse del Seguro Social a un fondo privado; que el seguro se iba a quebrar, que las empresas privadas eran más eficientes, no se roban la plata mientras que en el sector público había ineficiencias y que se roban la plata; que como estaba muy joven iba a tener más ganancias en el en el fondo privado, además del ahorro. Le dijeron que hacían un aporte obligatorio y sobre eso había unos rendimientos. No le explicaron rendimientos, financiamiento, pensión de garantía mínima, devolución de saldos, ni le hicieron proyección de su mesada pensional. A Colmena se trasladó porque una asesora se comunicó con ella para llenar unos formularios ante un cambio de propiedad o algo así en los fondos de Protección y que debía hacer el traslado para el bono, que entendió que era como un cheque donde decía la plata que tenía en el seguro y pasada al otro fondo. Cuando se enteró que las pensiones en el RAIS eran poco dignas, solicitó la proyección pensional y según la respuesta tendría una pensión más digna con Colpensiones que con Protección. Se trasladó al RAIS ante el miedo que le generaron con el argumento que el seguro se iba a acabar y quizá no tendría pensión.

De cara a los medios de prueba mencionados, para esta Sala la AFP Protección S.A, incumplió el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, (aplicable en virtud del artículo 145 del Código

¹ GRP-SCH-HL-66554443332211_2137-20211125084647

Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues no demostró en los términos señalados por la Sala de Casación Laboral, haber brindado a la demandante, al momento de la afiliación, una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiera al afiliado conocer los efectos del traslado, acorde a su situación personal.

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

De otra parte, la teoría de los actos de relacionamiento materializados con la permanencia en el RAIS y las cotizaciones realizadas no aplica en los asuntos de ineficacia de traslado por resultar posteriores al acto jurídico inicial, tampoco la inobservancia de los deberes del afiliado como consumidor financiero. (CJS SL 5686-2021).

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

Por ello la Sala modificará la decisión de primera instancia, en tanto declaró la ineficacia de la afiliación, para declarar la del el traslado, porque este es el acto de vinculación inicial al sistema y las consecuencias jurídicas que se derivan del presente proceso, responden a la falta al deber de información al momento del traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad.

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

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

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

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

Importa señalar que las sumas descontadas por concepto de gastos de administración, deben ser trasladadas debidamente indexadas, como quiera que estos dineros no entraron a la cuenta individual y por tanto

respecto de ellos no se generaron rendimientos y la demandante no está llamado a sufrir las consecuencias de la pérdida del valor adquisitivo por el paso del tiempo.

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

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral primero de la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del circuito de Bogotá el 2 de febrero de 2023, en el sentido de declarar la ineficacia únicamente del traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

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

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

CUARTO: Sin COSTAS en la consulta ni en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada

Con aclaración de voto
004 2021 00026 01



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 005 2021 00543 01
DEMANDANTE: FREDYS RAMOS DE LA ROSA
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES Y COLFONDOS PENSIONES Y
CESANTIAS S.A.

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la demandada Colpensiones, contra la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 11 de agosto de 2022. También, el grado jurisdiccional de consulta a su favor.

I. ANTECEDENTES

El accionante pretendió que se declare la ineficacia de la afiliación y nulidad del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuada a través de la AFP Colfondos. En consecuencia, se ordenó a la AFP demandada a trasladar el valor total de los aportes, junto con rendimientos, bono pensional, gastos de administración, seguros provisionales e intereses, a Colpensiones y, a ésta, a tenerlo afiliado y sin solución de continuidad y a computar los tiempos en su historia laboral. Asimismo, se condene a las demandadas a lo ultra y extra *petita* y, las costas procesales.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 4 de febrero de 1964; estuvo afiliado al régimen de prima media con prestación definida, del 1 de febrero de 1995 al 31 de enero de 1998. El 1 de febrero de 1998,

se trasladó de régimen, a través de Colfondos, suscribiendo formulario de afiliación. Aduce que la AFP le manifestó que obtendría mejores garantías y mayores beneficios en su futuro pensional, la posibilidad de obtener rendimientos sobre el capital de aportes, una mejor mesada pensional y la posibilidad de pensionarse con menos edad de la exigida por el ISS en el RPM; además que de continuar en dicho régimen, estaría en riesgo de perder sus semanas cotizadas, como quiera que el ISS estaba en crisis y riesgo de desaparecer; que no le informaron diferencias entre los dos regímenes, los efectos de los rendimientos financieros, entre otras características ni que su pensión se determinaría por un cálculo actuarial. Manifiesta que la AFP omitió el deber de información, al no brindar los pros y contras del traslado de manera clara, suficiente, eficaz, completa, oportuna y comprensible de las reales implicaciones. Radicó solicitud a las demandadas, obteniendo respuesta negativa (expediente digital, archivo 02, fls. 1 a 11).

Al dar contestación, Colpensiones, se opuso a las súplicas de la demanda en su contra. Admitió la afiliación del demandante al RPM, la afiliación al ISS, la solicitud de traslado y su negativa. Manifestó que los restantes hechos no le constan. Formuló las excepciones de mérito que denominó: la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, 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, aplicabilidad de la sentencia SL373 de 2021 y, las demás declarables oficiosamente. Argumentó que el accionante se encuentra válidamente afiliado al RAIS al suscribir de manera voluntaria, consciente y sin presiones el formulario de afiliación a la AFP; que está incurso en prohibición legal de retornar a prima media en razón de la edad y, no es beneficiario del régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993; que todas las actuaciones de Colpensiones deben estar encaminadas en pro del cumplimiento del principio constitucional de sostenibilidad financiera del

sistema y; que no se configuró vicio del consentimiento (expediente digital, archivo 05 fls. 2 a 31).

Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías rechazó las peticiones del escrito inaugural. Admitió la fecha de nacimiento del actor, la petición de traslado y su respuesta negativa y, manifestó que no son ciertos o no le constan los demás hechos. Formuló las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago, y las declarables de oficio. Sostuvo que el traslado se realizó al amparo de la normativa vigente para la época y fue resultado de la voluntad libre y espontánea del demandante, persona plenamente capaz, quien no hizo uso del derecho de retracto, por lo tanto, no existió vicio del consentimiento. Finalmente, el actor no es beneficiario del régimen de transición (expediente digital, carpeta 07 fls. 5 a 17).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo del 11 de agosto de 2022 (expediente digital, archivo 14), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado del régimen de prima media al de ahorro individual realizado por el señor FREDYS RAMOS DE LA ROSA, a través de COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS.

SEGUNDO: ORDENAR a la COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES el valor de las cotizaciones efectuadas junto con los rendimientos, frutos e intereses, y a COLPENSIONES a recibir los aportes del demandante, procediendo a actualizar su historia laboral.

TERCERO: COSTAS únicamente a cargo de la COLFONDOS S.A. Inclúyase como agencias en derecho la suma de cuatro salarios mínimos legales mensuales vigentes.

CUARTO: En caso que este fallo no fuera apelado, CONSÚLTESE con el superior a favor de COLPENSIONES.

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP no demostró que cumplió con el deber de información en los términos señalados por la jurisprudencia. Consideró que si bien se allega el formulario de afiliación con este documento no se demuestra que se brindó la información necesaria al demandante al momento del traslado sobre las características, condiciones, ventajas y desventajas de uno u otro régimen, ya que a lo sumo demuestra un consentimiento, pero no informado.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme Colpensiones, aduce que al declararse la ineficacia por la falta al deber de información de la AFP, debería ser ésta quien asuma el estudio de un reconocimiento pensional con los mismos parámetros del régimen de prima media. No resulta consecuente que los afiliados al sistema general de pensiones puedan solicitar en cualquier tiempo que se declare la nulidad o ineficacia del traslado de régimen pensional. En caso de que se confirme la condena, solicita se garantice la devolución de los recursos de la cuenta individual de ahorro del demandante, con el fin de garantizar el financiamiento de las pensiones generadas bajo el régimen de prima media. Finalmente, solicita se tenga en cuenta el principio de relatividad jurídica, toda vez que Colpensiones es un tercero en el acto jurídico del traslado.

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

V. CONSIDERACIONES

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

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

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

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

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

La Sala de Casación Laboral, en proveído CSJ SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia CSJ SL 1688-2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde aquella institución. De otra parte, en las decisiones CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL19447-2017 y CSJ SL1421-2019, la

misma Corporación indicó que el libre albedrio exigido por el sistema de seguridad social, no se restringe *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* la que no se configura con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues se requiere contar con elementos de juicio suficientes para entender las consecuencias de la decisión. Además, que la firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020, STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021; CSJ SL 150-2022).

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

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

VI. CASO CONCRETO

Se encuentra demostrado en el proceso que el actor estuvo afiliado y cotizó al seguro social, hoy Colpensiones, desde el 16 de febrero de 1995 (expediente administrativo, archivo 12¹); migró al RAIS, a través de la AFP Colfondos, mediante suscripción de formulario de vinculación, del 2 de enero de 1998 (expediente digital, carpeta 07, fls. 94 y 95).

Al absolver interrogatorio de parte el demandante señaló que Estaba trabajando en una empresa, llamada Achely ingenieros, cuando llegaron unas muchachas y les dieron unos folletos para firmar, porque era la mejor empresa en Colombia, pero no los asesoraron. Fue una reunión con más o menos 150 personas, la charla la dieron 3 asesoras, más o menos en 40 minutos y ese mismo día firmó, considera que presionado, porque los hicieron salir para eso. Dice que no leyó el formulario porque eso fue rápido en la hora del almuerzo. Les dijeron que era lo mejor, en cuanto a porcentaje de pensión, porque donde estaban se iba a acabar, o sea el seguro social. No se le explicó acerca de régimen de transición, vinos pensionales, ni la prohibición de trasladarse de régimen antes de los 52 años de edad. Su motivación para retornar al régimen de prima media es porque allí tendría mejores beneficios que en el fondo privado.

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

¹ GRP-SCH-HL-66554443332211_2187-20220214095849

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

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

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

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

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

Sin costas en este grado jurisdiccional, ni en la instancia ante su no causación.

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 11 de agosto de 2022, que quedará del siguiente tenor: **CONDENAR** a Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, a trasladar a Colpensiones debidamente actualizado el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto con los rendimientos, los bonos pensionales a que haya lugar; así como los gastos de administración, comisiones, porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima a que haya lugar; los gastos de administración,

comisiones, y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

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

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

CUARTO: Sin **COSTAS** en la consulta ni en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada
Con aclaración de voto



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 008 2019 00256 01
DEMANDANTE: ROSA MARGARETH FANDIÑO ARRIETA
DEMANDADO: VENTAS Y SERVICIOS S.A.

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala estudia en grado jurisdiccional de consulta la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 4 de noviembre de 2021.

I. ANTECEDENTES

La accionante pretende que se condene a la demandada a reconocer y pagar el reajuste de cesantías, intereses sobre las cesantías, prima de servicios y vacaciones; el pago de la licencia de maternidad, la sanción moratoria, indemnización por despido sin justa causa, indemnización del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 y, las costas del proceso.

Como fundamento de sus pretensiones expuso que entre las partes existió un contrato de trabajo, del 14 de octubre de 2014 al 25 de noviembre de 2016, en las instalaciones del Banco Popular de Sincelejo, devengando como último salario mensual la suma de \$1'112.495, más comisiones, desempeñando el cargo de ejecutivo comercial móvil. Que la demandada canceló unilateralmente el contrato, encontrándose la accionante en estado de embarazo. Que en el último año devengó \$13'091.323, por concepto de comisiones. Aduce que la demandada le pagó salarios y prestaciones sociales, pero en la liquidación final de su contrato no tuvo en cuenta lo devengado en el último año por comisiones, por lo que debe pagarle el reajuste de prestaciones y vacaciones, así como

las sanciones por mora correspondientes. Afirma que no se le pagó el valor completo por concepto de licencia de maternidad (fls. 62 a 69).

Ventas y Servicios S.A. se opuso a prosperidad de las pretensiones. Admitió la existencia del contrato de trabajo con la accionante, sus extremos de inicio y terminación, la ciudad de prestación de servicios, el salario devengado y el cargo desempeñado. De los demás hechos dijo no ser ciertos. Propuso las excepciones de inexistencia de las obligaciones y cobro de lo no debido, falta de título y causa en la demandante, enriquecimiento sin justa causa, pago, compensación, prescripción, buena fe, improcedencia de la sanción moratoria y las demás declarables de oficio. En su defensa adujo que la comisión devengada por la trabajadora no se causaba de manera automática de acuerdo a lo pactado por las partes expresamente, sino que debía cumplir cada mes con el resultado de su gestión; que la relación laboral fue terminada con justa causa imputable a la accionante, fecha para la cual no tenía conocimiento del estado de su embarazo y, que la empresa canceló a la finalización del vínculo todas las acreencias laborales (fls. 98 a 136).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 4 de noviembre de 2021, absolvió a la demandada y declaró probadas las excepciones de inexistencia de las obligaciones y cobro de lo no debido, falta de título y causa en la demandante, pago de improcedencia de la sanción moratoria.

En lo fundamental, señaló que el salario de la demandante era variable, compuesto por un salario fijo más comisiones, verificándose que devengo diversas sumas por este último concepto y las percibidas en el último año fueron tenidas en cuenta para la liquidación definitiva de acreencias laborales, sin que se probara por la actora la causación de un valor superior por este rubro, ni la efectiva ocurrencia de desembolsos crediticios, requisito *sine qua non* para que se generara el beneficio económico. Con relación a la licencia de maternidad se constata que en sede de tutela se ordenó el auxilio de maternidad, que fue retribuido en

parte por la EPS y en otra parte por su empleador conforme lo establecido por la Ley 1822 de 2017. Respecto de la indemnización por despido sin justa causa, cimentado en que en el momento de la terminación del contrato el empleador omitió el estado de gravidez de la demandante, se coligió incuestionable que la demandada desconocía el estado de la trabajadora cuando procedió con el despido, sin que tampoco fuera hecho notorio, no resultando viable presumir que el motivo de la finalización del contrato obedeció al embarazo. Frente a la sanción por la no consignación de cesantías, se verifica con la prueba documental que el empleador cumplió con su obligación de consignar antes del 15 de febrero de cada año y frente a las proporcionales causadas en el año 2016, la obligación que se originó por la terminación del contrato no es la de consignarlas en un fondo sino de entregarlas al trabajador junto con las demás prestaciones y salarios, lo que fue acreditado. Finalmente, sobre la indemnización por falta de pago conforme a lo establecido en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, esta sanción se causa por la mora en el pago de salarios y prestaciones sociales, lo que no ocurrió en este caso pues tales acreencias fueron canceladas oportunamente a la trabajadora el día 30 de noviembre de 2016.

III. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

De conformidad con el artículo 69 del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social, al ser la sentencia de primera instancia totalmente adversa a las pretensiones del demandante es procedente abordar su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

IV. CONSIDERACIONES

No fue objeto de debate que entre las partes existió un contrato de trabajo vigente entre el 14 de octubre de 2014 y el 25 de noviembre de 2016, para desempeñar el cargo de ejecutivo comercial móvil, devengando un último salario mensual de \$1'112.495 más comisiones, pues así fue aceptado por la demandada desde la contestación, además de corroborarse con el contrato de trabajo suscrito (fls. 138 a 147), las certificaciones laborales allegadas (fls. 31, 137 y 160), la comunicación de terminación del

contrato (fl. 168 a 169), la liquidación final del contrato (fl. 170), así como, los comprobantes de pago del último año (fls. 12 a 17 y 205 a 226).

Así las cosas, corresponde a la Colegiatura definir si en el presente asunto: **i)** la demandante devengó por concepto de comisiones, un valor superior al tenido en cuenta en la liquidación final de prestaciones y, su consecuente reajuste de cesantías, intereses sobre las cesantías, prima de servicios y vacaciones y, en este entendido, si hay lugar a la sanción moratoria del artículo 65 del C.S.T.; **ii)** si hubo mora en la consignación de las cesantías, en los términos del artículo 99 de la Ley 50 de 1990; **iii)** si se le adeuda alguna suma por concepto de licencia de maternidad y; **iv)** si la terminación del contrato ocurrió sin justa causa.

i) De las comisiones

De conformidad con los artículos 127 del Código Sustantivo del Trabajo y 1º del Convenio 95 de la OIT, constituye salario *todo* aquello que recibe el trabajador, en dinero o en especie, como contraprestación directa de sus servicios, sea cualquiera la forma o la denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones. (CSJ SL, 27 nov. 2012, rad. 42277).

Así, es salario «*todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte*», de lo que sigue que, independientemente de la forma, denominación o instrumento jurídico que se haga uso, si un pago se dirige a retribuir el trabajo prestado, es salario. No importa, entonces, la figura jurídica o contractual utilizada, si lo percibido es consecuencia directa de la labor desempeñada o la mera disposición de la fuerza de trabajo, por ello, tendrá en virtud del principio de la primacía de la realidad prevista en el artículo 53 de la Constitución Nacional, el carácter salarial.

De la lectura del libelo introductorio, en el hecho 5, se expone que además del salario mensual, la demandante devengaba comisiones y, en los hechos 8 y 9, indica que durante el último año trabajado, devengó la suma de \$13'091.323 por este concepto, para un promedio de \$1'090.943 mensuales (fl. 62 y 63); mientras que la demandada, al contestar estos supuestos fácticos, señaló que la comisión no se causaba de manera automática, sino que para su causación, la trabajadora debía cumplir cada mes con el resultado de su gestión, esto es, el desembolso de créditos de libranza de la entidad emisora de productos financieros, devengando por este concepto en el último año de servicios, un total de \$11'017.202 (fls. 64 y 65).

A folios 138 a 147 obra el contrato de trabajo a término indefinido, suscrito entre las partes el 14 de octubre de 2014, en cuya cláusula sexta, se pacta:

“SEXTA.- EL EMPLEADOR se obliga a pagar AL TRABAJADOR como retribución de sus servicios el salario de NOVECIENTOS OCHENTA Y SIETE MIL CUATROCIENTOS CUARENTA Y CUATRO PESOS MONEDA CORRIENTE (987.444), pagadero de manera mensual dividido en dos pagos quincenales. Dentro de este pago se encuentra incluida la remuneración de los descansos dominicales y festivos de que tratan los Capítulos I y II del título VII del C. S. del T. Se aclara y se conviene que en los casos en los que EL TRABAJADOR devengue comisiones o cualquiera otra modalidad de salario variable, el 82.5% de dichos ingresos constituye remuneración ordinaria y el 17.5% restante está destinado a remunerar el descanso en los días dominicales y festivos.”

A su vez, de folios 148 a 155, obra otrosí individual al contrato de trabajo, suscrito el 1º de junio de 2015 donde se establece la “POLÍTICA DE LIQUIDACIÓN DE COMISIONES EJECUTIVO DE LIBRANZA”, modificando, entre otras, la remuneración, en los siguientes términos:

“CLÁUSULA PRIMERA – REMUNERACIÓN: De acuerdo con lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 132 del Código Sustantivo del Trabajo, las partes acuerdan que a partir de la firma del presente documento el EMPLEADOR reconocerá al TRABAJADOR una remuneración salarial mensual, que se compondrá de la siguiente manera:

1. REMUNERACIÓN FIJA: EL TRABAJADOR recibirá como remuneración un salario básico mensual equivalente a la suma de UN MILLÓN TREINTA Y SEIS MIL VEINTISÉIS PESOS MONEDA CORRIENTE (\$ 1036026), con la cual se remuneran todas las actividades desarrolladas por EL TRABAJADOR.

(...)

2. REMUNERACIÓN VARIABLE: Adicional a la anterior suma de carácter fijo, EL TRABAJADOR recibirá una remuneración salarial variable, referida al reconocimiento de una comisión mensual que se causará siempre y cuando el TRABAJADOR logre en el mes como resultado de su gestión, el desembolso de

créditos de libranza de la entidad emisora de productos financieros. El monto de la comisión, dependerá del monto mensual de desembolso NETO de libranza (...)”

En este sentido, de folios 180 a 226, aparecen los comprobantes de pago quincenales, en los que se incluye salario y comisiones, de los que se extrae que, en el último año de servicios, esto es, entre noviembre de 2015 y noviembre de 2016, devengó por concepto de comisiones un total de \$11'017.202 (fls. 205 a 226), discriminados de la siguiente manera:

- \$1'636.778 en la segunda quincena de noviembre de 2015
- \$1'043.518 en la primera quincena de enero de 2016
- \$1'328.759 en la segunda quincena de febrero de 2016
- \$1'955.382 en la segunda quincena de abril de 2016
- \$1'941.976 en la segunda quincena de junio de 2016
- \$1'173.614 en la segunda quincena de julio de 2016, y
- \$1'937.175 en la segunda quincena de septiembre de 2016.

Analizados en conjunto los medios de prueba, se observa que en la liquidación final del contrato de la demandante (fl. 170), se tomó como base salarial para cesantías, la suma de \$1'978.380, para intereses sobre as cesantías \$1'786.038, para prima de servicios \$1'756.106.52 y, vacaciones \$2.030.595.17; valores estos, superiores al salario fijo devengado para la época, que como quedó visto era de \$1'112.495.

En este entendido, es claro para la Sala que sí se tomó un promedio base salarial para realizar la liquidación final de la actora, conforme lo disponen los artículos 186, 253 y 306 del CST y artículo 99 de la Ley 50 de 1990, sin que de la demanda y pruebas allegadas y recaudadas, la demandante haya demostrado el valor superior de \$13'091.323 alegado, sobre el tenido en cuenta por su empleadora, carga que le correspondía en atención a lo dispuesto en los términos del artículo 167 del Código General del Proceso aplicable por remisión expresa del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social y, al no hacerlo, la decisión judicial necesariamente le será desfavorable; por lo que se confirmará la decisión de primer grado en este aspecto.

En este orden, la misma suerte correrá la pretensión dirigida a obtener la sanción moratoria del artículo 65 del Código Sustantivo de Trabajo, modificado por el artículo 29 de la Ley 789 de 2002, al no existir prueba en el expediente de la que pueda inferirse que la demandada se hubiere abstenido del pago total o parcial de salarios o prestaciones de la demandante, o haya incurrido en el pago tardío, pues, por el contrario, lo que se logró verificar es que culminado el vínculo contractual laboral el 25 de noviembre de 2016, se procedió a su liquidación el 30 de noviembre siguiente y el pago se hizo efectivo el 5 de diciembre de ese mismo año (fls. 170 y 171).

ii) Sanción por no consignación de cesantías

El artículo 99 de la ley 50 de 1990 dispone entre otras que el 31 de diciembre de cada año se hará la liquidación definitiva de cesantía, por la anualidad o por la fracción correspondiente, sin perjuicio de la que deba efectuarse en fecha diferente por la terminación del contrato de trabajo. El valor liquidado por concepto de cesantía se consignará antes del 15 de febrero del año siguiente, en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía que el mismo elija. El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada día de retardo. De conformidad con la norma el pago de esta sanción moratoria no depende del mayor o menor valor que el empleador haya dejado de consignar a un fondo, pues lo que se sanciona es su actuar omisivo y el paso del tiempo sin cumplir con la obligación.

Frente a este punto, baste con precisar que a folios 178 y 179 aparece el reporte de aportes en línea correspondiente a las consignaciones respectivas de este rubro por los años 2014 y 2015, consignados el 13 de febrero de 2015 y el 12 de febrero de 2016, respectivamente. Y por las cesantías causadas en el año 2016, al darse la terminación del contrato el 25 de noviembre de 2016, era lo correspondiente proceder a su pago directo a la trabajadora, lo que quedó acreditado, ocurrió el 5 de diciembre siguiente. Razón por la cual no existió falta en la obligación de la empleadora en este aspecto, y por ende no hay lugar a proferir condena tampoco sobre este punto.

iii) De la licencia de maternidad

Aduce la parte actora que la demandada no pagó el valor completo por concepto de licencia de maternidad, adeudando un saldo de \$2'095.685.

En los términos del artículo 1º de la Ley 1822 de 2017, que modificó el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo, y que se encontraba vigente para la época en que la demandante causó la licencia de maternidad, *“Toda trabajadora en estado de embarazo tiene derecho a una licencia de dieciocho (18) semanas en la época de parto, remunerada con el salario que devengue al momento de iniciar su licencia.”*.

Pues bien, en el presente asunto, la accionante adquirió este derecho pese a que el vínculo laboral entre las partes culminó el 25 de noviembre de 2016, en atención a la sentencia de tutela proferida por el Juzgado Cuarto Civil Municipal de Sincelejo – Sucre, que ordenó a la sociedad Ventas y Servicios S.A., el reconocimiento y pago de las cotizaciones al sistema general de seguridad social durante el periodo de gestación y lo mantuviera vigente todo el periodo del embarazo y los cuatro meses posteriores a su finalización (fl. 172).

A folio 173, se encuentra respuesta dada por la EPS Cajacopi a la empresa accionada, el día 23 de noviembre de 2017, en donde se informa que la licencia de maternidad a nombre de la señora Fandiño Arrieta, se encuentra correctamente liquidada y aprobada para reconocimiento económico, por valor de \$3'708.400 correspondientes a 100 días y, de folios 174 a 175 obra el documento denominado *“solicitud de giros”*, por valor de \$964.184, con propósito de la fracción de licencia de maternidad correspondiente a los 26 días faltantes al pago realizado por Cajacopi, con fecha 20 de septiembre de 2018, en la cuenta de ahorros del banco Popular a nombre de la actora; valores que ésta aceptó haber recibido, al rendir su declaración de parte.

Cumple precisar, que la inconformidad de la actora en su demanda radica en que en su decir se le quedó adeudando un saldo de \$2'095.685, no obstante efectuadas las operaciones aritméticas pertinentes, se encuentra que los valores reconocidos por concepto de licencia de maternidad, resultan acordes con el último salario de \$1'112.495, devengado por la demandante, sin que se desprenda de ningún aparte del expediente, la razón siquiera de su petición por suma superior.

En consecuencia, se confirmará la decisión también en este punto.

iv) Indemnización por despido injusto

En reiterada jurisprudencia la Sala de Casación Laboral ha puntualizado que al trabajador le corresponde probar el hecho del despido y al empleador la justa causa para exonerarse de indemnizar los perjuicios (CSJ SL284-2018). Al respecto, encuentra el Tribunal que la demandada mediante comunicación de 25 de noviembre de 2016 (fl. 168 a 169), informó a la demandante su decisión de dar por terminado el contrato de trabajo, indicándole que:

“Me permito informarle la decisión de la Compañía de terminar su contrato de trabajo, de forma unilateral y con justa causa a la finalización de la jornada laboral del día VIERNES VEINTICINCO (25) de NOVIEMBRE de DOS MIL DIECISÉIS (2016), con fundamento en los siguientes hechos graves:

- 1. La Compañía tuvo conocimiento que usted de manera grave incumplió con el Reglamento Interno de Trabajo, con la normatividad laboral y con las políticas y procedimientos establecidos por la Compañía, las cuales fueron conocidas por usted con anticipación, como consecuencia de incumplimiento de metas, en el mes de septiembre de 2016, de conformidad con los siguientes resultados:

Meta	Desembolso	Cumplimiento %
\$310.000.000	\$107.064.761	34%

Adicional a lo anterior, su ausencia a laborar el día 15 de noviembre del año en curso sin justificación válida. Dicho incumplimiento y ausencia, de acuerdo con lo establecido en su Contrato de Trabajo, y en las políticas de la empresa, constituye falta grave a las obligaciones contraídas con la Compañía.

- 2. Con base en lo anterior, a Usted le fue solicitado rendir explicaciones los días dieciséis (16) y veintidós (22) de noviembre de 2016, respectivamente, a lo cual Usted respondió dando las explicaciones, lo cual no consideramos de recibo toda vez que es de su conocimiento la obligación que tiene de cumplir a cabalidad con las funciones de su cargo, las políticas y procedimientos de la compañía. Además usted acepta haber incumplido las metas en el mes de septiembre, por motivos varios; y respecto de la ausencia no existe prueba alguna que justifique su falta a laborar.

3. De igual manera, una vez revisado el histórico de procesos disciplinarios, se observó, que durante el tiempo que lleva usted vinculado con la compañía ha presentado más de tres (03) procesos disciplinarios, registrando procesos disciplinarios B0045, B0626 por incumplimiento de metas, sumados a los presentes procesos objeto de esta decisión, siendo reincidente por tercera ocasión en la causal de incumplimiento de metas, lo cual no es aceptable para la Compañía.
4. Así bien, se logró evidenciar el incumplimiento al Reglamento Interno de Trabajo, a la normatividad laboral y a las políticas y procedimientos establecidos por la Compañía, omitiendo así su deber de obrar de conformidad con los procedimientos establecidos por la compañía, por lo anterior su obrar se constituye en un grave incumplimiento de sus obligaciones laborales así como en una falta grave disciplinaria.

Por todo esto, la Compañía ha perdido la confianza depositada en Usted como trabajador, todo lo cual conlleva a que se dé por terminado su contrato de trabajo de manera unilateral y con justa causa de conformidad con el Numeral 6 del Literal a) del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo Subrogado por el Decreto Ley 2351 de 1965.

(...) ”

El referido numeral 6 del literal a) del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo Subrogado por el Decreto Ley 2351 de 1965, consagra: *“Cualquier violación grave de las obligaciones o prohibiciones especiales que incumben al trabajador de acuerdo con los artículos 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo, o cualquier falta grave calificada como tal en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos.”*

Obra a folio 161, llamado de atención del 29 de enero de 2016, por el incumplimiento de metas en el mes de diciembre inmediatamente anterior, en la que se le indica haber tenido un cumplimiento del 17%, se deja constancia de haber sido requerida a presentar explicaciones, las cuales no fueron de recibo por la empresa y, se le exhorta a que adopte todas las medidas necesarias para evitar que se repitan tales situaciones; comunicación en la que la demandante deja anotación a manuscrito, aclarando que sí cumplió sus funciones pues hizo las visitas correspondientes, pero no cumplió las metas.

A folio 162, aparece comunicación de suspensión del contrato de trabajo, de fecha 6 de abril de 2016, en la que la compañía aplica esta sanción disciplinaria a la actora, por el término de 1 día, ante el incumplimiento de sus obligaciones laborales y su consecuente incumplimiento de metas durante el mes de febrero de esa anualidad,

reportando un cumplimiento del 57%. En igual sentido, se deja constancia que fue requerida a presentar explicaciones el 1º de abril de 2016, a lo que ella respondió, no considerándose de recibo.

De folio 163, obra comunicación del 11 de noviembre de 2016, de solicitud de explicaciones, ante el incumplimiento de metas en el mes de septiembre de ese año, donde reporta un cumplimiento del 34%, indicándole que su actuar ha perjudicado a la compañía en la prestación del servicio pactado. En respuesta a ello, la accionante informa que el motivo del incumplimiento fue porque varias de las solicitudes de crédito presentadas estaban reportadas en cifín y algunos negocios quedaron sin aprobación (fl. 164).

Finalmente, de folio 166, se aporta comunicación del 18 de noviembre de 2016, dirigida a la demandante, en donde se le solicita explicación de las razones por las cuales no se presentó a laborar el 15 de noviembre anterior; ante lo cual, la trabajadora manifiesta que su inasistencia obedeció a *“inconvenientes para desplazarme a la ciudad de Sincelejo por condiciones climáticas”* (fl. 167).

Pues bien, de conformidad con la cláusula tercera del otrosí al contrato de trabajo suscrito por las partes el 1º de junio de 2015, el incumplimiento de metas, niveles de desempeño o procedimientos allí plasmados, constituyen una falta grave y por lo tanto es causal para la terminación unilateral del contrato de trabajo con justa causa por parte del empleador, aún por la primera vez (fl. 154).

A su vez, el artículo 58 del reglamento interno del trabajo, establece las faltas graves, indicando que se califican como tales *“aquellas faltas disciplinarias, cuyo acaecimiento dará lugar a la terminación por parte de EL EMPLEADOR del contrato de trabajo con justa causa”*. En este entendido, se catalogan, entre otras: **“3. La inasistencia total a un turno, una capacitación o a cualquier actividad inherente al desarrollo de sus actividades laborales, sin aviso previo a su superior, salvo grave calamidad doméstica o urgencia de salud, en cuyo caso el aviso puede ser anterior o posterior al evento o al tiempo de ocurrir este. (...) 9. La inasistencia injustificada de EL TRABAJADOR al cumplimiento de sus labores o el**

abandono de las mismas sin autorización superior. (...) 21.El incumplimiento de metas de ventas o niveles de desempeño que sean acordados por las partes o asignadas por el empleador” (fl. 266 y 267).

El procedimiento para comprobación de faltas y formas de aplicación de las sanciones disciplinarias, se encuentra establecido en el capítulo XVII, artículo 59 del mencionado Reglamento (fls. 268 a 269), de cuya lectura se logra verificar que la empresa demandada dio cabal cumplimiento, pues procedió al despido con justa causa, luego de haber recomendado, llamado la atención e incluso suspendido a la trabajadora, sin obtener cambios positivos en la conducta, aunado a que se le escuchó a través de escrito de explicaciones en las cuatro oportunidades, sin obtener respuesta ni resultados satisfactorios.

Nótese que al rendir interrogatorio de parte, la misma demandante acepta su incumplimiento de metas, cuando indica que uno fue porque estaba en vacaciones y solo contaba con 10 días para cumplir, el segundo porque no le hicieron el desembolso de los créditos completo y, el tercero porque a pesar de recorrer todo Sucre buscando no pudo conseguir la meta; asimismo acepta su falta a trabajar el 15 de noviembre de 2016, al afirmar que venía viajando y tuvo un inconveniente para la llegada y que lo informó a su supervisora. No obstante, de ninguna de las justificaciones ahora manifestadas existe medio probatorio que la respalde, sin que estos simples argumentos alcancen para desvirtuar los hechos imputados en la carta de despido.

Resulta importante resaltar que, aun cuando se reclama en la demanda la indemnización por despido injustificado, ni siquiera se aduce las razones por las cuales considera que no se configuró la justa causa de terminación del contrato aludida por la demandada en el momento del despido, por el contrario, lo único que se arguye es que ocurrió “*estando embarazada, haciéndose acreedor a una INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO INJUSTO*” (fl. 85).

Al respecto, importante resulta recordar que el artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo establece una protección especial a la maternidad frente al despido que efectuó el empleador, presumiéndose que

tal actuación obedece a un acto discriminatorio por causa o debido al embarazo, cuando no se cuenta con la debida autorización del inspector del trabajo.

Ha precisado la Corte Suprema de Justicia que con la protección de la mujer en estado de embarazo, lactancia y posparto se busca que tales particularidades no se conviertan en causa de discriminación, sino que, por el contrario, sean tratadas como una condición natural en términos de igualdad, estabilidad laboral y protección prestacional, todo ello, al margen del tipo de contrato que ejecuten. En sentencia SL1794-2020, al analizar la protección de la maternidad en un contrato a término fijo, como el que ahora ocupa la atención de la Sala, puntualizó:

“Así las cosas, se ha de precisar que el fuero a la maternidad desarrolla el derecho fundamental a la estabilidad laboral reforzada de las mujeres gestantes y lactantes y se compone de varias medidas de protección que, aunque diferenciadas, son complementarias y corresponden al propósito de garantizar que no se les excluya del mercado laboral en razón del proceso de gestación. El alcance de esa protección se debe determinar a partir de dos factores: i) el conocimiento del embarazo por parte del empleador y ii) la alternativa laboral mediante la cual se encontraba vinculada la mujer embarazada.

Sobre la protección a la maternidad en contratos a término fijo, ha sostenido esta Corporación que existe una protección intermedia que consiste en garantizar la vigencia de la relación laboral durante el período de embarazo y por el término de la licencia de maternidad posparto y si dentro de ese periodo de estabilidad especial se hace uso del preaviso establecido en la ley para el fenecimiento del plazo fijo pactado, el contrato se mantiene por el lapso que falta para cumplirse el término de protección, vencido el cual termina la vinculación sin formalidades adicionales. De esta forma se logra armonizar la figura del contrato de trabajo a término definido, con el amparo y salvaguarda de los derechos de la madre.”

De otra parte, conforme lo ha señalado el Órgano de cierre para que emerja la protección legal en favor de la trabajadora embarazada, es necesario que el empleador tenga conocimiento de su estado por cualquier medio, ya que no existe tarifa legal de prueba y, por ende, acreditado ese conocimiento, se presume que el despido ocurrió por su gravidez. Sobre el particular, en sentencia radicado n.º 41075 de 2011, rememorada en SL 1352-2020, explicó frente al conocimiento del empleador que:

[...] la protección a la maternidad, a menos que se trate de un hecho notorio, que no es el caso que ocupa la atención a la Sala, inicia desde la noticia del estado de gravidez, de modo que no es posible entender que la

decisión de despido comunicada por la empresa a la trabajadora antes de conocer la mencionada situación, le otorgue jurídicamente el fuero materno, porque mientras que el empleador no se encuentre enterado, no es factible presumir que la decisión obedeció al embarazo.

Sobre la necesidad del conocimiento empresarial como exigencia legal para efectos de la protección en el empleo, preferentemente mediante la información que suministre oportunamente la propia trabajadora grávida, esta Sala de la Corte desde la sentencia que rememoró el Tribunal que data del 24 de septiembre de 1998 radicación 10993, reiterada en decisiones del 28 de octubre de 2002 y 22 de febrero de 2007, radicados 18493 y 29016, respectivamente, y más recientemente en la del 30 de agosto de 2011 radicación 40283, adoctrinó:

“(....) La Corte Suprema en esta ocasión precisa igualmente que en verdad para esos exclusivos fines atinentes a la protección en el empleo es indispensable el conocimiento del empleador, por cualquier medio, porque la Ley no exige tarifa legal al respecto, o incluso presumirse de un embarazo realmente notorio, sin que sea menester que la empleada esté obligada a acompañar una certificación médica sobre su estado de gravidez. Si el conocimiento patronal deriva de la información que suministra la propia trabajadora de encontrarse encinta, respaldada desde luego con el hecho cierto del embarazo acreditable posteriormente con cualquier medio probatorio, ciertamente tal noticia está revestida de la presunción de buena fe y satisface el propósito normativo de asegurar el conocimiento del obligado a cumplir la protección.

Dicha necesidad de conocimiento del empleador en manera alguna puede estimarse como atentatoria de la dignidad personal o como algo excesivo, sino, por el contrario, como una carga lógica y mínima, porque tiende a preservar la eficacia de la protección, la transparencia, el derecho de defensa, y halla su fundamento en la necesidad de que el empleador obligado, conociendo los hechos, tenga el deber de respetar la especial protección en el empleo que el Estado brinda a las mujeres embarazadas, ya que solamente desde el instante en que queda advertido puede operar en sana lógica la protección estatuida en los artículos 35 de la Ley 50 de 1990 y 8º del Decreto 13 de 1967. Por tanto, pugnaría contra esos principios y contra los textos legales que los desarrollan que se imponga el pago de una indemnización, o de los demás efectos pertinentes, a alguien que terminó por justa causa un contrato que en principio debía ser calificada previamente por el Inspector de Trabajo dado un estado de embarazo que el obligado a cumplir los trámites gubernamentales ignoraba [...] (subrayado fuera del texto original).

En esa línea de pensamiento, al descender en el presente asunto se verifica que es la misma actora quien, al absolver interrogatorio de parte aceptó no haber informado a su empleadora a la fecha de terminación del contrato de trabajo acerca de su estado de embarazo, en atención a que ella misma no lo sabía y, que se enteró aproximadamente a los 20 días o un mes después de la finalización del vínculo. En el mismo sentido, obra a folio 19, ultrasonografía pélvica ginecología transvaginal, de fecha 20 de diciembre de 2016, con resultado: *“EMBARAZO UNICO DE 5.6 SEMANAS”*.

Puestas las cosas de esta manera, resulta claro para la Sala que la demandante no cumplió con la carga que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso aplicable en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, pues si bien demostró que para el 25 de noviembre de 2016, cuando el contrato de trabajo finalizó se encontraba en estado de embarazo, no pudo probar que comunicó a la demandada tal situación y, menos aún, que esa fue la causa de la finalización del vínculo laboral, pues ni siquiera la misma demandante tenía conocimiento de su propio embarazo, aunado a que a esa fecha contaba con poco más de una semana de gestación, sin que pueda predicarse tampoco que se tratara de un hecho notorio que permitiera colegir tal condición; por el contrario, la demandada logró demostrar la causa invocada para terminar el contrato objeto de estudio en esta instancia, lo que descarta algún acto discriminatorio.

Bajo las anteriores condiciones, la Sala confirmará la sentencia de primer grado en su integridad. Sin costas en el grado jurisdiccional.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 4 de noviembre de 2021 por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá D.C.

SEGUNDO: Sin costas en el grado jurisdiccional.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



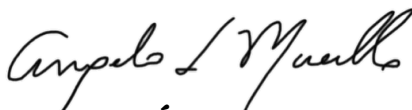
CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada

008 2019 00256 01



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 011 2020 00253 01
DEMANDANTE: JOSÉ ANTONIO HAKIM TAWIL
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y SKANDIA PENSIONES Y CESANTIAS S.A.
LLAMADA EN GARANTÍA: MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por las demandadas Colpensiones y Skandia S.A., contra la sentencia proferida por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 20 de abril de 2023. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

El accionante pretendió que se declare la nulidad de la afiliación régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuada a través de la AFP Porvenir y posteriormente Old Mutual, hoy Skandia. En consecuencia, se ordené a ésta última AFP a trasladar los aportes realizados, con los rendimientos y demás sumas causadas, a Colpensiones y, a ésta, a actualizar su historia laboral. Así mismo, se condene a las demandadas a lo ultra y extra *petita* y, las costas.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 16 de agosto de 1958. Se afilió al régimen de prima media el 25 de octubre de 1988. Se

trasladó al RAIS, a través de Porvenir, mediante firma de formulario, el 21 de septiembre de 2000 y, posteriormente, el 28 de marzo de 2003 a Old Mutual. Aduce que no fue asesorado ni informado por la AFP de manera completa, real, eficaz y oportuna, no fue informado sobre ventajas y desventajas, o características, ni recibió información financiera real; solo se insistió por el asesor que era una necesidad trasladarse ya que el seguro social se iba a acabar. Indica que Colpensiones nunca le realizó ningún tipo de asesoría. En febrero de 2020, solicita a Colpensiones admitir su vinculación y a las AFP la nulidad de su traslado a éstas, obteniendo respuestas negativas (expediente digital, archivo 01, fl. 2 a 31).

Al dar contestación, Colpensiones se opuso a las súplicas de la demanda en su contra. Admitió la data de nacimiento del demandante, su afiliación al ISS, la petición elevada y su negativa. Manifestó que los restantes hechos no le constan. Formuló como excepciones de mérito 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 las demás declarables oficiosamente. Argumentó que el accionante no es beneficiario del régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993; que está incurso en prohibición legal de retornar a prima media en razón de la edad; no hizo uso del derecho de retracto y; que no se configuró vicio del consentimiento (expediente digital, archivo 07 fls. 2 a 39).

Por su parte, la AFP Porvenir se opuso al éxito de las pretensiones. Frente a los hechos aceptó el traslado del demandante al RAIS y, manifestó no constarle o no ser ciertos los demás. Propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y, las declarables de oficio. En su defensa expuso que la afiliación del demandante al fondo de pensiones se efectuó de manera informada, libre de presiones o engaños, y voluntaria, siendo su traslado válido, lo que se corrobora con el formulario de afiliación y la vinculación a varias administradoras de fondos de pensiones privadas; además el demandante

no es beneficiario del régimen de transición (expediente digital, archivo 11 fls. 2 a 28).

Skandia S.A., al contestar la demanda se opuso al éxito de las aspiraciones. De los hechos dijo ser cierta la vinculación del actor al RAIS y a esta AFP, la petición elevada y la respuesta negativa; respecto a los demás manifiesta no constarle o no ser ciertos. Propuso las excepciones que denominó: actos de relacionamiento, Skandia no participó ni intervino en el momento de selección de régimen, el demandante se encuentra inhabilitado para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado, inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al RAIS, ausencia de falta al deber de asesoría e información, los supuestos fácticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por el demandante, lo accesorio sigue la suerte de lo principal - falta de interés negociable, prescripción de la acción, prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro - gastos de administración, buena fe y las demás declarables de oficio. En su defensa alegó que el demandante no acreditó lo fundamentos fácticos para obtener la declaratoria de nulidad de la afiliación; que la elección fue libre y voluntaria y, se materializa con la suscripción del formulario de afiliación; aduce haber cumplido el deber de información a cargo de los Fondos de Pensiones y, que el demandante se encuentra en la prohibición legal de traslado en atención a la edad, sin que sea beneficiario del régimen de transición (expediente digital, archivo 12 fls. 2 a 26).

Finalmente, llamó en garantía a la aseguradora Mapfre Colombia Vida Seguros S.A. en virtud de los contratos de seguro previsional vigentes entre 2007 y 2018 (archivo 12 fl. 116 a 123); vinculada mediante auto del 8 de agosto de 2022 (documento 18); quien al contestar la demanda inicial rechazó el éxito de las aspiraciones. Manifestó que los hechos no le constan. Propuso las excepciones que denominó: *1) «El acto jurídico de afiliación al RAIS, y los de su posterior traslado a otras AFP, fueron debidamente informados y las decisiones tomadas por el demandante se dieron al amparo del principio de “autonomía de la voluntad”, sin estar mediadas y/o determinadas por error o vicio alguno del consentimiento,*

siendo absolutamente lícitas, válidas y oponibles», **ii)** «inexistencia de motivos que tipifiquen alguna causal de ineficacia material o de invalidación del acto jurídico de afiliación del demandante a “Skandia Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A.”», **iii)** «Legalmente el demandante se encuentra inhabilitado para trasladarse de régimen pensional por estar en el periodo de carencia» y, **iv)** las demás declarables oficiosamente. Como fundamentos de defensa indicó que es evidente que la manifestación del consentimiento del demandante, a través del acto jurídico de afiliación como expresión de la autonomía de voluntad, estuvo precedido de libertad e información, exenta de error o de inducción indebida, con una consecuencia jurídico material inobjetable, lo que se vio reflejado en los posteriores traslados entre AFPs.

Al dar respuesta al llamamiento en garantía, se opuso al mismo. Admitió la presentación de la demanda ordinaria, la suscripción del contrato de seguro previsional, su vigencia y, los pagos correspondientes a las primas de seguro previsional de invalidez y sobrevivientes. Propuso las excepciones que denominó: **i)** inexistencia de derecho contractual por parte de la AFP Skandia, **ii)** «Frente a la acción material ejercida por la parte demandante, la AFP Skandia carece de amparo y/o cobertura, pues, el riesgo objeto de protección asegurativa no tiene relación con el objeto material de las pretensiones, siendo improcedente el llamamiento en garantía realizado a “Mapfre Colombia Vida Seguros S.A.”», **iii)** «“Mapfre Colombia Vida Seguros S.A.” no se encuentra obligada, en caso de una sentencia de condena contra la llamante en garantía, a efectuar devolución de las primas, ni de ningún otro valor que corresponda a contraprestación del seguro, porque ellas fue legalmente devengadas y los riesgos estuvieron efectivamente amparados», **iv)** «A “Mapfre Colombia Vida Seguros S.A.” no le son oponibles los efectos de una eventual sentencia estimatoria de las pretensiones de la demanda, afectando a la llamante AFP Skandia y, por lo mismo, no está obligada a restitución alguna», **v)** prescripción de la acción derivada del contrato de seguro y, **vi)** las demás declarables oficiosamente. Expuso en su defensa que la ineficacia del traslado de régimen no se encuentra amparada por los seguros contratados (expediente digital, archivo 19 fls. 2 a 26).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo del 20 de abril de 2023 (expediente digital, archivo 31), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA del traslado de régimen pensional efectuado el 18 de septiembre de 2000 por el señor JOSÉ ANTONIO HAKIM TAWIL del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por COLPATRIA SA, hoy PORVENIR SA, y su posterior traslado horizontal a la AFP SKANDIA SA, acaecido el 28 de marzo de 2003.

SEGUNDO: CONDENAR a las demandadas ADMINISTRADORAS DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR SA y SKANDIA SA a devolver a COLPENSIONES la totalidad de las sumas que hubiesen recibido como producto de las cotizaciones realizadas por el demandante durante su permanencia en dichas administradoras del RAIS, es decir, el 100% de las cotizaciones obligatorias, con sus respectivos rendimientos financieros, incluyendo además en dicha devolución los porcentajes destinados a gastos de administración y fondo de garantía de pensión mínima. En este sentido, PORVENIR deberá devolver a COLPENSIONES únicamente los porcentajes que, en su momento, bien haya sido COLPATRIA o PORVENIR, hubiesen descontado de las cotizaciones del demandante durante su permanencia y los haya utilizado para los gastos de administración (comisiones de administración, pago de prima de seguros previsionales de invalidez y de sobrevivientes y en caso de haberse realizado, el pago de primas de FOGAFÍN) y fondo de garantía de pensión mínima. En el caso de SKANDIA SA deberá devolver además de la cuenta de ahorro individual con los rendimientos, los porcentajes que durante el término de afiliación del demandante en dicha AFP haya descontado en la cotización y los haya utilizado para los gastos de administración y al fondo de garantía de pensión mínima.

TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, a reactivar de manera inmediata la afiliación del demandante JOSÉ ANTONIO HAKIM TAWIL al régimen de prima media con prestación definida, sin solución de continuidad, además a recibir la devolución de los dineros ordenados en este proveído y a computar los tiempos cotizados por el demandante en el RAIS en su historia laboral.

CUARTO: Las excepciones propuestas por las demandadas se declaran imprósperas.

QUINTO: DECLARAR probadas las excepciones primera, segunda, tercera y cuarta formuladas por la llamada en garantía MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS SA. Como consecuencia de ello absolver a dicha aseguradora de todas las pretensiones formuladas por SKANDIA SA en el llamamiento en garantía.

SEXTO: CONDENAR en COSTAS en la demanda principal a PORVENIR S.A. y SKANDIA SA incluyendo como agencias en derecho a favor del demandante la suma de 2 SMLMV, que deberán ser sufragadas por partes iguales por estas AFP.

SÉPTIMO: CONDENAR en COSTAS del llamamiento en garantía a SKANDIA SA incluyendo como agencias en derecho a favor de MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. la suma de 1 SMLMV.

OCTAVO: CONCEDER el Grado Jurisdiccional se Consulta ante la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, de conformidad con lo indicado en el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007.

Como sustento de su decisión, señaló que verificado el material probatorio dentro del plenario, no demostró la AFP haber brindado al afiliado, en el momento del traslado, la información clara, completa y oportuna que se requería en ese momento para materializar su traslado a ese nuevo régimen de ahorro individual con solidaridad.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes las demandadas Skandia y Colpensiones, recurrieron la sentencia.

Skandia solicita se revoque la condena impuesta tendiente a devolver los gastos de administración, teniendo en cuenta que son descuentos que se realizaron en virtud de lo establecido en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, por la administración de la cuenta de la demandante de manera diligente, para generar unos rendimientos; por lo que se estaría causando un perjuicio al patrimonio, toda vez que esos dineros ya han sido utilizados para la administración en general de la cuenta de ahorro individual del demandante y, al ordenarse su devolución, se estaría descapitalizando la cuenta de la administradora y desconociendo las restituciones mutuas; asimismo, reprocha las sumas adicionales de la aseguradora, dado que estas contingencias no fueron el objeto principal de este proceso, pues en este caso no se trata de reconocimiento de una pensión de invalidez o sobrevivientes. Además, es la aseguradora Mapfre y no Skandia quien tiene a su disposición dichos conceptos o emolumentos.

Colpensiones aduce que no se logró demostrar el supuesto engaño sufrido por el accionante en la asesoría proporcionada por la AFP; contrario a ello está la suscripción del formulario de afiliación en donde manifiesta su voluntad de traslado, aunado a que nunca demostró su intención de retornar en tiempo al RPM, sin que en el proceso de demostraran vicios del consentimiento. El demandante debe asumir las consecuencias del traslado al RAIS en donde estuvo afiliado por más de 28 años.

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

V. CONSIDERACIONES

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

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

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

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

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

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

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

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

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

VI. CASO CONCRETO

Se encuentra demostrado en el proceso que el actor estuvo afiliado y cotizó al seguro social, hoy Colpensiones, del 25 de octubre de 1988 al 31 de julio de 2000 (expediente digital, archivo 07, fl. 62); migró al RAIS, a través de la AFP Colpatria, hoy Porvenir S.A., mediante suscripción de formulario de vinculación, del 18 de septiembre de 2000 (expediente digital, archivo 11, fl 76 y 79); y posteriormente, cambió horizontalmente a la AFP Skandia, a partir del 28 de marzo de 2003 (expediente digital, carpeta 12, fls. 27 y 71).

Al absolver interrogatorio de parte el demandante señaló que inicialmente aportaba al seguro social; después de uno años entró a trabajar a la fundación Universitaria Santa Fe, a través de una cooperativa, que era como se manejaba en esa época y un día los citaron a una reunión, en la que les advirtieron que el régimen del seguro social se iba a acabar y que se tenían que cambiar o su patrimonio se perdería, les pasaron unos papeles que firmaron todos los médicos y así quedó trasladado al RAIS. No le dieron información adicional. En esa reunión grupal, no tuvieron oportunidad de hacer preguntas, y se sintió perseguido

y, con presión de grupo para firmar el traslado, ante la amenaza de que el seguro se iba a quebrar. No era consciente de que existía dos regímenes. No sabía los requisitos para pensionarse con la AFP. No buscó retornar al RPM porque estaba convencido que quien le estaba manejando sus aportes lo hacía bien, además que no sabía que podía cambiarse. No le hablaron de la cuenta de ahorro individual, de rendimientos, aportes voluntarios, financiamiento de la pensión, o del derecho de retracto. Su motivación para trasladarse a Colpensiones, porque luego de varios años, de Skandia le hicieron el cálculo y se dio cuenta que su pensión sería mucho más alta en Colpensiones. A Skandia se trasladó llenando un formato prellenado, únicamente por sugerencia de la Cooperativa que les manejaba todo, pero sin ningún tipo de asesoría.

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

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

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

De otra parte, la teoría de los actos de relacionamiento materializados con la permanencia en el RAIS y las cotizaciones realizadas no aplica en los asuntos de ineficacia de traslado por resultar posteriores al acto jurídico inicial, tampoco la inobservancia de los deberes del afiliado como consumidor financiero. *«Se reitera que el estudio de la acción de ineficacia se centra en el cumplimiento del deber de información en el traslado inicial que realizó la persona afiliada, y este desacato es lo que genera por sí mismo la ineficacia en los términos del artículo 271 de la Ley 100 de 1993.»* (CJS SL 5686-2021).

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

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

Cumple agregar que no es posible eximir de responsabilidad a la AFP Porvenir de trasladar a Colpensiones las sumas de dinero descontadas por concepto de gastos y cuotas de administración, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales mientras el demandante estuvo vinculado a este fondo, dado que la declaración de ineficacia los obliga a devolver dichos rubros con cargo a sus propias utilidades *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (CSJ SL 5205-2020 CSJ SL 5680-2021). En consecuencia, la sentencia será confirmada en este aspecto. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL2877-2020).

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

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

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

En relación con el llamamiento efectuado por SKANDIA S.A. a MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., basta con precisar que no existe mérito para condenar a la aseguradora, en razón a que el porcentaje de gastos de administración recibido por las AFP debe ser reintegrado con cargo a su propio patrimonio, toda vez que las consecuencias de la falta de información de la AFP, no pueden ser asumidas por la entidad aseguradora, máxime si se tiene en cuenta que el amparo del contrato de seguros se cierne al pago de una suma adicional en el evento que se requiriera financiar una pensión de invalidez o sobrevivencia, situación ajena a la de ineficacia del traslado, objeto de estudio.

Sin costas en este grado jurisdiccional, ni en la instancia ante su no causación.

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral **SEGUNDO** de la sentencia proferida por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 20 de abril de 2023, que quedará del siguiente tenor: **CONDENAR** a Skandia Pensiones y Cesantías S.A. a trasladar a Colpensiones debidamente actualizado el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual del

demandante, junto con los rendimientos, los bonos pensionales a que haya lugar; así como los gastos de administración, comisiones, porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima a que haya lugar; los gastos de administración, comisiones, y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen. Asimismo, **CONDENAR** a la AFP Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones con cargo a sus propios recursos y debidamente actualizadas todas las sumas descontadas al demandante por gastos y cuotas de administración, sumas adicionales de la aseguradora, porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales mientras estuvo vinculado a este fondo. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

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

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

CUARTO: Sin **COSTAS** en la consulta ni en la apelación.

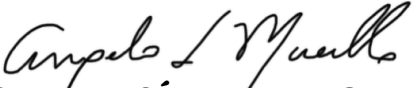
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada
Con aclaración de voto
011 2020 00253 01



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 012 2019 00344 01
DEMANDANTE: LUIS PARMENIO LOPEZ ACOSTA
DEMANDADO: SERVICIOS ESPECIALIZADOS DE INGENIERÍA ELÉCTRICA S.A.S. – SERINGEL S.A.S. EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL y CODENSA S.A. E.S.P.
LLAMADA EN GARANTÍA: SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A.

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala decide los recursos de apelación que interpusieron las demandadas y la llamada en garantía contra la sentencia proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 11 de febrero de 2022.

I. ANTECEDENTES

El accionante promovió demanda laboral para que se declare la existencia de una relación laboral con las empresas Seringel S.A.S. y Codensa S.A. E.S.P., vigente entre el 9 de julio de 2014 y el 27 de febrero de 2019. En consecuencia, se condene a las demandadas a cancelar salarios adeudados, cesantías, primas de servicio, intereses de cesantías, vacaciones, la sanción moratoria, indemnización por terminación unilateral y sin justa causa y, *“la indemnización de que trata el artículo 306 del Código Sustantivo de Trabajo”* (sic). Asimismo, se ordene expedir certificación laboral y, se condene en costas procesales.

En respaldo de sus pretensiones, narró que trabajó para la Empresa Seringel S.A.S., desde el 9 de julio de 2014, en el cargo de oficial de obra civil, mediante contrato de trabajo a término indefinido, en horario de

lunes a viernes de 7:00 a.m. a 5:00 p.m., y sábados de 7:00 a.m. a 12 m., cumpliendo sus funciones bajo las órdenes del señor Pablo Vivas, Jefe de Personal de obra civil de la empresa o quien hiciera las veces de jefe inmediato; pactando un salario de \$1.084.000, pagaderos en dos quincenas al mes. Aduce que debía laborar en la estación y/o subestación donde se requiriera el servicio en la ciudad de Bogotá y Cundinamarca, desarrollando las labores de construcción de bancaductos, cajas para transformadores, cajas para recoger el aceite que cae de los transformadores, cárcamos en concreto, celdas, instalar ventiladores, estructurero, amarre de acero y hierro y, hacer todo tipo de cajas, etc., y que si se presentaba alguna situación, debían solucionarla como equipo de trabajo. Manifiesta que por exigencia de las demandadas para pago de nómina abrió cuenta en Davivienda. Que durante su vinculación laboral no hubo modificación alguna a su modalidad de contrato de trabajo. La empresa Seringel siempre pagó aportes fiscales y horas extras. No se le respetaron vacaciones. El 27 de febrero de 2019, les informan que debía presentarse al día siguiente por su liquidación, sin explicación alguna, ni preaviso; además, no le dieron respuesta alguna, ni menos el pago oportuno de la liquidación. Aduce que mediante derecho de petición solicitó el pago del último mes laborado y de su liquidación por despido injustificado; posteriormente, por solicitud de Codensa, allegó documentos porque supuestamente le iban a arreglar lo adeudado; no obstante, no obtuvo respuesta. Afirma que nunca tuvo memorandos a su hoja de vida y, por el contrario, siempre recibía felicitaciones¹.

Al dar contestación **Codensa S.A E.S.P.** se opuso a las pretensiones. Frente a los hechos manifestó no constarle o no ser ciertos. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación pretendida, falta de legitimación en la causa por pasiva, carencia del derecho, prescripción, falta de causa y cobro de lo no debido, buena fe y limitación de responsabilidad, compensación y, las demás declarables oficiosamente. En su defensa, señaló que no existió vínculo laboral con el demandante, siendo su único y real empleador la empresa Seringel S.A., sin que Codensa sea solidariamente responsable de las obligaciones insolutas de

¹ Fls. 81 a 92, cuaderno físico.

esa empresa, pues las actividades desarrolladas por ésta para el contrato, son extrañas al giro ordinario de las actividades propias de la empresa².

Por su parte **Seringel S.A.S. en liquidación judicial**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Respecto de los hechos, dijo ser ciertos los extremos del vínculo con el demandante, la labor desempeñada, las funciones de oficial de obra civil que prestó, los sitios en donde debía cumplirlas, que tenía jefe inmediato, las actividades relacionadas, la indicación de abrir una cuenta de nómina y, el cumplimiento de pago de aportes fiscales y horas extras. Frente a los demás manifestó no ser ciertos o no constarle. Propuso las excepciones de mérito de inexistencia de presupuestos de hecho y de derecho, prescripción, buena fe, cobro de lo no debido y las demás declarables oficiosamente. En su defensa argumentó que la empresa actualmente se encuentra en proceso de liquidación ordenada por la Superintendencia de Sociedades, por lo cual no se puede privilegiar a unos acreedores en perjuicio de otros, en ese orden de ideas, el pretender acceder a las solicitudes del señor Luis Parmenio López Acosta, sería ir en contra de lo reiterado por la Honorable Corte Constitucional. En relación a la posibilidad de sanción prevista en el Art. 65 del CST cuando el empleador se encuentra en estado de liquidación judicial, afirma que no se da la mala frente al incumplimiento y, por tanto, no procede condena por este concepto. Finalmente aduce, que el contrato con el accionante fue de obra o labor, por lo que se debe tener en cuenta que cuando esta finaliza, se considera ello como una causa de terminación del contrato que no da lugar a indemnización alguna³.

Codensa S.A. E.S.P., llamó en garantía a **Seguros Generales Suramericana S.A.**, para que de conformidad con el artículo 64 del C.G.P., en el evento de una condena desfavorable, sea condenada la aseguradora a pagar los valores en virtud de la póliza que garantiza el pago de esas condenas⁴; por lo que se dispuso vincular por auto del 24 de enero de 2020⁵. La compañía de seguros, al contestar se opuso a las pretensiones de la demanda y del llamamiento; frente a este admitió la

² Fls. 134 a 147 y 243 a 246, cuaderno físico.

³ Expediente digital, Carpeta: 007. CD FL. 281, fls. 1 a 13.

⁴ Fl. 148 a 151, cuaderno físico.

⁵ Fl. 241, cuaderno físico.

ejecución del contrato de Codensa denominado suministro de servicios, en virtud del cual se constituyó una póliza de seguro de cumplimiento y, la demanda interpuesta por el accionante. De los hechos de la demanda dijo que ninguno le consta. Propuso como excepciones de mérito frente a la demanda, las de inexistencia de la obligación reclamada con cargo a Codensa, inexistencia de solidaridad entre Codensa S.A. E.S.P. y Seringel S.A.S., cobro de lo no debido, ausencia de responsabilidad conjunta y/o solidaria, responsabilidad exclusiva de la sociedad Seringel en consideración a su autonomía financiera, legal y administrativa y las demás declarables oficiosamente. Frente al llamamiento propuso las de ausencia de cobertura de la póliza No. 15838020-5 frente a las pretensiones de la demanda, sujeción a los términos y condiciones del contrato de seguro contenido en la póliza No. 15838020-5, límites máximos de responsabilidad, condiciones del seguro y disponibilidad del valor asegurado, actividades no cubiertas por el seguro de cumplimiento, y la genérica. Argumentó como defensa que se debe examinar con sumo cuidado el contenido de la póliza y sus anexos en orden a identificar los riesgos cubiertos con el respectivo contrato asegurativo⁶.

Además, llamó en garantía a **Seringel S.A.** para obtener el pago o reembolso total de los perjuicios o condenas que eventualmente se impongan a Seguros Generales Suramericana S.A. por una eventual sentencia adversa a esta aseguradora⁷. La empresa, al contestar el llamamiento, rechazó la prosperidad de las pretensiones. Admitió la existencia del contrato para amparar el cumplimiento del contrato de suministro de servicios, el llamamiento en garantía a este proceso por parte del beneficiario del contrato de seguro (Codensa), el amparo de pago de salarios y prestaciones sociales e indemnizaciones laborales y, la subrogación de Sura en virtud del pago de la indemnización hasta concurrencia de su importe en todos los derechos del asegurado contra el contratista- Garantizado. Como excepciones de mérito propuso las de inexistencia de obligación contractual, inexistencia del garante en el llamamiento en garantía, no configuración de la relación legal y/o contractual para ser llamado en garantía y, la genérica. Para enervar las

⁶ fls. 261 a 268, cuaderno físico.

⁷ Fls. 270 a 272, cuaderno físico.

peticiones argumentó que el objeto del contrato de seguro suscrito con Suramericana es precisamente que la sociedad aseguradora sea la garante de los riesgos amparados en dicho contrato y, en manera alguna Seringel, quien es el tomador, puede entrar a amparar los riesgos al asegurador⁸.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 11 de febrero de 2022, resolvió⁹:

PRIMERO: DECLARAR que entre la demandada Seringel S.A.S. en liquidación judicial como empleadora y el señor Luis Parmenio López Acosta identificado con cédula de ciudadanía número 80.393.222 como trabajador, existió un contrato de trabajo a término indefinido desde el 9 de julio del año 2014 hasta el 27 de febrero del año 2019, conforme lo expuesto.

SEGUNDO: CONDENAR a la sociedad Seringel S.A.S en liquidación judicial a pagarle al demandante Luis Parmenio López Acosta, las siguientes cantidades de dinero y conceptos:

- a) \$1'074.195 por el salario del mes de febrero del año 2019
- b) \$188.979 por prima de servicios del año 2019
- c) \$188.979 por cesantías del año 2019
- d) \$3.591 por intereses a las cesantías del 2019
- e) \$1'571.507 por compensación en dinero de las vacaciones correspondientes a 39.5 días pendientes de disfrutar
- f) \$4'086.804 por indemnización por terminación unilateral sin justa causa
- g) \$16'749.485 por indemnización moratoria causada entre el 28 de febrero del año 2019 y hasta el 28 de abril del año 2020
- h) A la indexación de las sumas ordenadas en los literales e y f desde el 28 de febrero del año 2019 y hasta la fecha del respectivo pago
- i) A la indexación de la suma ordenada en el literal g desde el 29 de abril del año 2020 hasta la fecha del respectivo pago

Lo anterior de conformidad con lo expuesto.

TERCERA: DECLARAR a la demanda Codensa S.A. E.S.P., solidariamente responsable del reconocimiento y pago de las obligaciones impuestas en esta sentencia a la demandada Seringel S.A.S. en liquidación judicial, conforme a lo expuesto.

CUARTO: CONDENAR a Codensa S.A. E.S.P., a pagar solidariamente con Seringel S.A.S. en liquidación judicial al demandante señor Luis Pármeno López Acosta, los valores indicados en el ordinal segundo de esta providencia.

⁸ Expediente digitalizado, Carpeta: 006. CD FL. 276 / Archivo: CONTESTACIÓN LLAMAMIENTO EN GARANTIA LUIS PARMENIO LOPEZ A_

⁹ Expediente digitalizado, Archivo 014.

QUINTO: CONDENAR a la llamada en garantía Seguros Generales Suramericana a pagar en favor de Codensa S.A. E.S.P., el 100% de las condenas impuestas en el ordinal segundo de la parte resolutive de esta sentencia, sin que se supere el monto máximo asegurado contenido en la póliza número 1583802-5, conforme lo expuesto.

SEXTO: ABSOLVER a la llamada en garantía Seringel S.A.S. en liquidación judicial conforme a lo expuesto.

SÉPTIMO: ABSOLVER a las demandadas de las demás pretensiones contenidas en la demanda.

OCTAVO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las demandadas y por Seguros Generales Suramericana S.A., conforme lo expuesto.

NOVENO: CONDENAR en costas a las demandadas Seringel S.A.S. en liquidación judicial y Codensa S.A. de servicios públicos. Inclúyase como agencias en derecho la suma de \$1'600.000 a cargo de las demandas, de forma proporcional y a favor del demandante.

En lo fundamental señaló que se demostró el vínculo entre Seringel S.A.S. en liquidación y el demandante, en virtud de un contrato de trabajo a término indefinido vigente entre el 9 de julio de 2014 y el 27 de febrero de 2019, sin que exista prueba de pago de las prestaciones reclamadas ni vacaciones; tampoco hay constancia de la forma en que se terminó dicha vinculación, sin que se haya acreditado que existió una justa causa legal para terminar el contrato, carga de la prueba que recaía en la demandada y; no hay ninguna justificación en la demora en el pago de acreencias laborales, sin que los eventos de insolvencia o iliquidez por sí solas puedan exonerar de la sanción, ni se demostró por la accionada haber actuado de buena fe, razón por la que le ordenó pagar sanción moratoria, debidamente indexada a efectos de contrarrestar la pérdida del poder adquisitivo que sufre la moneda. Encontró responsable solidariamente a Codensa, en virtud del artículo 34 del CST, por cuanto las labores ejecutadas por Seringel por el contrato de suministros, son del giro ordinario del objeto principal de Codensa y no son labores extrañas o diferentes de esa compañía, además que el demandante fue contratado por Seringel para participar de la ejecución del contrato de suministro de servicios referido. Finalmente, en lo referente a las obligaciones de las llamadas en garantía, encuentra responsable a Suramericana S.A., en virtud de la póliza aportada que tiene como tomadora y beneficiaria a Codensa; por el contrario, no existe relación sustancial de la cual pueda la aseguradora reclamar a Seringel el reembolso, restitución o indemnización

de los valores que tiene que realizar dicha compañía con ocasión del contrato de seguro.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes las demandadas y la llamada en garantía apelaron la decisión.

Seringel S.A.S en liquidación judicial, se opuso a la condena moratoria, al argumentar que no hubo una mala fe, pues la condición económica de la empresa impidió que hiciera el pago de la liquidación oportunamente, sin que fuera un hecho atribuible ni temerario por parte del empleador, sino que obedeció a condiciones que incluso la llevan hoy a la liquidación. Igualmente se opone a la indexación teniendo en cuenta que la indemnización moratoria tiene un componente inflacionario y, por ende se está condenando doblemente.

Codensa S.A. E.S.P., afirma que no existe solidaridad frente a Seringel, ya que contrataba básicamente el mantenimiento de las subestaciones y de su infraestructura, lo que no tiene que ver con el objeto social de la distribución y comercialización de energía eléctrica; así mismo el demandante no desplegó funciones para el desarrollo del objeto contractual contratado con Seringel; de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, no basta con el objeto social conexo similar para declarar la solidaridad, se requiere además que las funciones específicas desarrolladas por el demandante tengan relación con el objeto de la sociedad que se demanda y, de cara a las funciones desarrolladas por el aquí accionante, se desprenden temas netamente de manejo y mejoras de infraestructura. Asimismo, reprocha la condena por indemnización, en cuanto la empresa Seringel se encontraba en una situación económica difícil que la llevó a abstenerse de generar esos pagos, y le tocó iniciar un proceso de insolvencia; aunado a que no se desprende mala fe de Codensa.

La llamada en garantía Suramericana S.A., reprocha la solidaridad decretada teniendo en cuenta que es evidente que se ha hecho un análisis equivocado del objeto social de las empresas sobre las cuales se declaró,

ya que lo que se ha contratado son mantenimientos estructurales los cuales no tienen nada que ver con el giro ordinario de los negocios de Codensa. Asimismo coadyuva el reproche por sanción moratoria e indexación, ya que es sabido y se ha desarrollado jurisprudencialmente, que las dos figuras resultan incompatibles ya que se estaría sancionando dos veces por un mismo hecho y; respecto de la sanción moratoria, teniendo en cuenta los elementos que surgieron a lo largo del proceso, es claro que no existe mala fe y la misma no fue comprobada por parte del demandante. Finalmente, frente al llamamiento en garantía, arguye que no sería dable que se declarara que existe responsabilidad de la compañía aseguradora puesto que el siniestro que se está decretando, o la relación laboral considerada como un siniestro, tiene su inicio anterior a la vigencia del seguro por lo que se está sancionando a la aseguradora por un evento en el cual ella no participó y que ni siquiera se le trasladó.

IV. CONSIDERACIONES

Procede la Sala a desatar el recurso de apelación según lo previsto en el artículo 66A del Código de Procedimiento del Trabajo y de la Seguridad Social, por lo que corresponde dilucidar la procedencia de la sanción moratoria consagrada en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo a favor del actor y, su compatibilidad con la indexación ordenada en primera instancia, así como la responsabilidad solidaria de las demandadas y, la obligación de responder de las llamada en garantía Suramericana S.A.

Para dilucidar cada uno de los planteamientos esbozados en las apelaciones, se advierte que no existe controversia y se encuentra demostrado: **i)** la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido, entre Luis Parmenio López Acosta y Seringel S.A.S., del 9 de julio de 2014 al 27 de febrero de 2019; devengando un último salario mensual de \$1'193.550; que generó en favor del accionante el pago de prestaciones sociales y vacaciones; pues así fue declarado en primera instancia, sin que fuera objeto de reproche.

Por cuestiones de método, se abordará primero las apelaciones que argumentan de forma principal: **1.** La existencia de buena fe que pueda exonerar de la imposición de la indemnización moratoria por falta de pago de salarios y prestaciones sociales y, en caso de proceder, su compatibilidad con la indexación; **2.** Se dilucidará la existencia de responsabilidad solidaria entre Seringel S.A.S. y Codensa S.A. E.S.P. y; **3.** se verificará lo referente a la determinación de los perjuicios y su cobertura en virtud de las pólizas suscritas con la llamada en garantía Suramericana S.A.

1. De la indemnización moratoria

Alegan las recurrentes que debe absolverse de reconocer y pagar la sanción moratoria por el no pago de la liquidación final, pues la falta de pago se debió al estado económico por el que atraviesa la empresa, que incluso ha llevado a su liquidación judicial.

Pues bien, la sanción moratoria prevista en el artículo 65 del Código Sustantivo de Trabajo, no es una respuesta judicial automática frente al hecho objetivo de que el empleador, al terminar el contrato de trabajo no cubra al trabajador los salarios y prestaciones sociales, de allí que la misma procede cuando quiera que, en el marco del proceso, el empleador no aporta razones satisfactorias y justificativas de su conducta. En ese sentido, ha decantado la jurisprudencia laboral que el juez debe adelantar un examen riguroso del comportamiento asumido por el empleador en su condición de deudor moroso; y de la globalidad de las pruebas y circunstancias que rodearon el desarrollo de la relación de trabajo, en aras de establecer si los argumentos expuestos por la defensa son razonables y aceptables, al punto que pueda considerarse un comportamiento de buena fe (CSJ SL, 5 mar. 2009, rad. 32529, CSJ SL8216-2016 y CSJ SL3936-2018).

Paralelamente, ha puntualizado la Sala especializada de la Corte Suprema de Justicia, que el juez laboral no puede asumir reglas absolutas ni esquemas preestablecidos en el momento de analizar la procedencia de dicha indemnización o de justificar la mora, dado que es su deber

examinar las condiciones particulares de cada caso y con arreglo a ellas definir lo pertinente. Es decir que, además de que la sanción por mora no puede imponerse de manera automática e inexorablemente, tampoco puede excluirse o excusarse de manera mecánica, ante la presencia de ciertos supuestos de hecho, como es el caso en el que se discute la naturaleza jurídica del contrato de trabajo (CSJ SL 39695, 2 ago. 2011; CSJ 44218, 27 nov. 2012 y CSJ SL8077-2015, reiteradas en CSJ SL16884-2016, CSJ SL3936-2018 y SL2873-2020).

En el asunto que nos ocupa, se encuentra demostrado que aunque el vínculo laboral finalizó el 27 de febrero de 2019, la liquidación final del contrato de trabajo correspondiente a prestaciones no ha sido cancelada, pues no existe constancia de su pago, además de no haber sido objeto de reproche la condena por tales conceptos.

Aunque se encuentra demostrado que la demandada se vio incurso en un proceso de liquidación, ello automáticamente no la exime de pagar las prestaciones sociales a la finalización del vínculo, pues tal como lo tiene adoctrinado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, el empleador no puede trasladar a sus trabajadores las consecuencias negativas de las situaciones económicas adversas que enfrente, dado que la protección de los derechos laborales es una prioridad que no puede afectarse por dichas circunstancias.

Así lo ha explicado de antaño la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral, en Sentencia No. 7393 del 18 de septiembre de 1995, reiterada por la misma Corporación en sentencia con radicación No. 37288 del 24 de enero de 2012, cuando indicó:

“La iliquidez o crisis económica de la empresa no excluye en principio la indemnización moratoria. En efecto, No encuadra dentro del concepto esbozado de la buena fe porque no se trata de que el empleador estime que no debe los derechos que le son reclamados sino que alega no poder pagarlos por razones económicas; y es que por supuesto, la quiebra del empresario en modo alguno afecta la existencia de los derechos laborales de los trabajadores, pues éstos no asumen los riesgos o pérdidas del patrono conforme lo declara el artículo 28 del Código Sustantivo de Trabajo, fuera de que como lo señala el artículo 157 ibídem, subrogado por el artículo 36 de la Ley 50 de 1990, los créditos causados y exigibles de los operarios, por conceptos de salarios, prestaciones e indemnizaciones, son de primera clase y tienen privilegio excluyente sobre todos los demás.

De otra parte, si bien no se descarta que la insolvencia en un momento dado pueda obedecer a caso fortuito o de fuerza mayor, circunstancia que en cada caso deberá demostrarse considerando las exigencias propias de la prueba de una situación excepcional, ella por sí misma debe descartarse como motivo eximente por fuerza mayor o caso fortuito, pues el fracaso es un riesgo propio y por ende previsible de la actividad productiva, máxime si se considera que frecuentemente acontece por comportamientos inadecuados, imprudentes, negligentes e incluso dolosos de los propietarios de las unidades de explotación respecto de quienes en todo caso debe presumirse que cuentan con los medios previsión o de remedio de la crisis. Y no debe olvidarse que la empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones, entre las cuales ocupan un lugar primordial las relativas al reconocimiento de los derechos mínimos a los empleados subordinados que le proporcionan la fuerza labor”

Y más recientemente, en sentencia SL 845-2021 del 17 de febrero de 2021, Radicación 83444, explicó:

(...) En efecto, esta Corporación tiene adoctrinado que dichas situaciones no exoneran de la de la sanción moratoria prevista en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, dado que es necesario que el empleador demuestre que esa circunstancia le produjo una insolvencia o iliquidez tal que le impidió cumplir con sus obligaciones laborales.

Bien puede ocurrir que, a pesar de encontrarse en crisis, la empresa tenga alternativas para cumplir con sus responsabilidades, por ejemplo, porque aún tiene caja para pagar salarios y prestaciones, valores en cuentas bancarias o recursos disponibles. Pero también puede suceder que la debacle económica le impida por completo y sin salidas posibles, satisfacer las deudas laborales.

Lo anterior, adquiere mayor relevancia si se tiene en cuenta que el artículo 28 del Código Sustantivo del Trabajo establece que el trabajador nunca asume los riesgos o pérdidas de la empleadora; y por su parte, el artículo 2495 del Código Civil estatuye que los créditos causados o exigibles de los empleados por concepto de salarios y prestaciones sociales tienen privilegio excluyente sobre los demás. Es decir, el salario y los créditos laborales ocupan un lugar privilegiado especial en sistema normativo, debido a que de ellos dependen sus trabajadores y sus familias. De allí que los empleadores deban realizar cuanto esté a su alcance para satisfacerlos oportunamente.

Al amparo de la anterior línea de pensamiento, se verifica que la demandada Seringel S.A.S. no demostró que su infortunio económico se debiera a una situación de fuerza mayor o caso fortuito, empero, sí acreditó que la relación laboral finalizó el 27 de febrero de 2019, es decir con anterioridad al 29 de abril de 2020, fecha en que mediante Auto No. 460-004163, la Superintendencia de Sociedades en virtud de la Ley 1116 de 2006 ordenó la apertura del proceso de liquidación judicial.

De otra parte, se verifica que el trabajador prestó servicios a la demandada por más de 4 años durante los cuales la empleadora cumplió con sus obligaciones, prueba de ello, es que tan solo se ha demandado el reconocimiento del salario correspondiente al último mes y acreencias laborales causadas en el periodo laborado en el año 2019, esto es, un mes y 27 días. Sin embargo, no puede pasarse por alto que en primera instancia se determinó y no fue objeto de controversia ante el Tribunal, que el contrato terminó sin justa causa, sin siquiera dar al trabajador razones para ello, ni informar las razones por las cuales no canceló en tiempo el salario y prestaciones adeudadas.

Así las cosas, resulta claro para la Colegiatura que la actuación de la demandada, en manera alguna puede ser considerada de buena fe, dado que no ha pagado las prestaciones sociales derivadas del vínculo laboral a la terminación del contrato al amparo de razones válidas y demostrables, pues tal como quedó visto, la crisis económica no puede entenderse como factor justificativo de exoneración de responsabilidad frente al pago de derechos ciertos de los trabajadores, máxime, si ni siquiera arguyó dichos motivos a la finalización de la relación; por lo que se confirma la procedencia de la sanción moratoria ordenada prevista en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, como acertadamente lo concluyó el *A quo*, hasta el momento en que se ordenó la apertura del proceso de liquidación judicial.

Indexación

En torno a la indexación de la indemnización moratoria del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, se advierte que la condena por este concepto no fue indefinida, sino limitada en el tiempo hasta cuando la demandada Seringel S.A.S. entró en proceso de liquidación judicial, lo que significa, que entre la fecha de la terminación del contrato y la del auto de la Superintendencia de Sociedades que ordenó la apertura del proceso de liquidación, se causó un capital que quedó estático, y además insoluto, por lo que resulta viable aplicar la indexación de ese monto, tal como lo encontró el juzgador de primer grado.

2. De la responsabilidad solidaria entre Seringel S.A.S. y Codensa S.A. E.S.P.

El artículo 34. Del Código Sustantivo de trabajo dispone:

1o) Son contratistas independientes y, por tanto, verdaderos {empleadores} y no representantes ni intermediarios, las personas naturales o jurídicas que contraten la ejecución de una o varias obras o la prestación de servicios en beneficios de terceros, por un precio determinado, asumiendo todos los riesgos, para realizarlos con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva. Pero el beneficiario del trabajo o dueño de la obra, a menos que se trate de labores extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio, **será solidariamente responsable con el contratista por el valor de los salarios y de las prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores, solidaridad que no obsta para que el beneficiario estipule con el contratista las garantías del caso o para que repita contra él lo pagado a esos trabajadores.** (Negrillas fuera del texto)

Ha decantado la Sala Laboral de la Corte Suprema de justicia que si bien el contratista independiente es el verdadero empleador, el beneficiario de la obra está llamado a responder por las prestaciones e indemnizaciones debidas al trabajador, en virtud de la solidaridad (CSJ SL 7473-2017), y para establecer esta obligación, es menester que la actividad específica desarrollada por el contratista este directamente relacionada con el renglón económico principal del beneficiario y cubrir una función normalmente desarrollada por este (CSJ SL 18360-2017).

Quedó acreditado en el proceso, que la empresa Seringel S.A.S suscribió con Codensa S.A. E.S.P., el 1º de abril de 2016, el contrato de suministro de servicios No. 5700014582 *“obras, mantenimiento y operaciones en subestaciones”*, para la ejecución del suministro del servicio de Operación local y móvil e inspección, en las Subestaciones ubicadas en la zona 1 y zona 2 que pertenece y/o atiende CODENSA S.A. ESP; y el Mantenimiento y Obras Civiles y Electromecánicas en las Subestaciones de Alta Tensión/Alta Tensión (AT/AT), Alta Tensión/Media Tensión (AT/MT) y Media Tensión/Media Tensión (MT/MT), ubicadas en la zona de

influencia que atiende CODENSA S.A. E.S.P., por un plazo de ejecución de 36 meses o hasta agotar su valor total estimado, lo primero que ocurra¹⁰.

Así mismo, dentro del objeto social de Codensa S.A. E.S.P., - GENSA S. A. se encuentran: *“La distribución y comercialización de energía eléctrica, así como la ejecución de todas las actividades afines, conexas, complementarias y relacionadas a la distribución y comercialización de energía, la realización de obras, diseños y consultoría en ingeniería eléctrica y la comercialización de productos en beneficio de sus clientes.”*¹¹, que coinciden con las contratadas con la empresa Seringel S.A.S.

A su vez, la empresa Seringel S.A.S., se constituyó con el objeto social principal de las siguientes actividades: *“a).- estudios especializados de control y asesoría de protección eléctrica; b).- servicios de calibración de equipos de protección y control eléctrico. Pruebas y puesta en servicio de subestaciones de energía; c).- estudio, interventorías, diseño, construcción y montaje de subestaciones y líneas de transmisión de energía eléctrica; d).- asesorías, interventorías en ingeniería civil, eléctrica o en montajes industriales; e).- la compra venta, distribución, importación, exportaciones y comercialización en general, de productos y equipos relacionados directa o indirectamente con la industria eléctrica y/o electrónica.”*¹².

De conformidad con lo anterior, es dable inferir la concurrencia de dos relaciones jurídicas –contrato de suministro y de trabajo- así como la relación de causalidad entre ellas, además, conforme a los certificados de existencia y representación se verifica que sus objetos guardan similitud, en tanto, ambas se relacionan con distribución y comercialización de energía eléctrica, así como con obras y actividades relacionadas con ingeniería eléctrica, lo que resulta suficiente para establecer la responsabilidad solidaria consagrada en el artículo 34 Código Sustantivo de Trabajo, pues no se requiere identidad absoluta, sino correspondencia entre los objetos sociales de las empresas contratante y contratista convocadas a juicio, por tanto, no hay lugar a modificar la sentencia de primera instancia en este punto.

¹⁰ Folio 153 a 171 cuaderno físico.

¹¹ Folio 114, cuaderno físico.

¹² Expediente digitalizado, Carpeta: 006. CD FL. 276/ Archivo: SERINGEL - CERTIFICADO DE EXISTENCIA_

3. Obligación de responder de la llamada en garantía Seguros Generales Suramericana S.A.

En los términos de la cláusula novena del contratos de suministro reseñado en precedencia, las partes acordaron que la contratista constituiría a favor de la contratante garantías para amparar riesgos de **i)** cumplimiento, **ii)** pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones, **iii)** calidad del servicio, **iv)** estabilidad de obra, **v)** responsabilidad civil, **vi)** póliza de mercancías (modalidad flotante) o todo riesgo daño material y, **vii)** buen manejo del anticipo, cuyas pólizas obran en el expediente digitalizado, carpeta 005. CD. FL. 273, en los que el asegurador es Seguros Generales Suramericana S.A., el garantizado Seringel S.A.S. y, el asegurado o beneficiario, Codensa S.A. E.S.P.

En el sub lite, Codensa S.A. E.S.P. llamó en garantía a Seguros Generales Suramericana S.A., con arreglo a las pólizas tomadas por Seringel S.A.S., para garantizar los riesgos de los contratos suscritos, como se reseñó en precedencia, encontrando la póliza N°. 1583802-5 con una vigencia desde el 1º de abril de 2016 hasta el 1º de abril de 2024; así las cosas, la póliza estaba vigente al momento siniestro, entendiéndose en el presente caso, como la terminación del contrato de trabajo entre el actor y la empresa Seringel S.A.S.; entonces, la aseguradora entra a responder por la obligación impuesta a la llamante, dado que, se estableció la responsabilidad solidaria de la empresa de servicios públicos, en cuanto a salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones respecto al contrato de trabajo que existió entre el demandante y la empresa Seringel S.A.S., vigente del 9 de julio de 2014 al 27 de febrero de 2019, y en este entendido se confirmará la sentencia recurrida.

No se causan costas en esta instancia.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 11 de febrero de 2022 por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO: Sin costas en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 015 2019 00261 01.
DEMANDANTE: PEDRO MANUEL PACHECO BARRIOS
DEMANDADO: ECOPETROL S.A.

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por las partes contra la sentencia proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 2 de noviembre de 2021.

I. ANTECEDENTES

El accionante promovió proceso ordinario laboral para que se declare: **i)** la inexistencia del acto administrativo con el que debió otorgarse la pensión de jubilación, **ii)** la inexistencia de la notificación del mismo, **iii)** la ineficacia de las actas de conciliación suscritas entre las partes en los años 2004 y 2013 mediante las cuales se pensiona, por falta de cumplimiento de los elementos del acto administrativo, **iv)** que Ecopetrol novó la obligación cuando firmó el acuerdo integral y definitivo sobre la situación de trabajadores despedidos con ocasión del conflicto colectivo, **v)** que la relación laboral se mantuvo sin solución de continuidad, **vi)** que el trabajador era empleado oficial, **vii)** que Ecopetrol es una entidad pública, descentralizada de la Rama Ejecutiva y, **viii)** que se le aplican las convenciones colectivas de trabajo suscritas entre Ecopetrol y la USO.

En consecuencia, se condene a la demandada a pagar el incremento salarial de enero a mayo de 2004 de acuerdo al I.P.C., con el pago de salarios, prestaciones sociales y seguridad social hasta el nuevo

reconocimiento pensional, incluyendo tiempo regular, sobretiempo, viáticos sindicales, auxilio de transporte sindical, prima de vacaciones, subsidio de transporte, subsidio de alimentación, subsidio de arriendo, prima convencional, mesada 14, antigüedad en dinero, vacaciones en dinero, prima de servicios, bono laudo, quinquenio, cesantías, intereses de cesantías, devolución descuento cesantías, indexación de conceptos liquidados, bonificación de jubilación, subsidio familiar, subsidio familiar extra, comisariato, tiquetera e, indexación; que se ordene expedir el documento físico de reconocimiento de la pensión de jubilación convencional que le corresponde; se condene a la actualización de todas las sumas a que sea condenada; el pago de los retroactivos pensionales con los nuevos valores que resulten de la reliquidación del contrato laboral; que se pague \$10.506.533 por concepto de indexación de las mesadas de pensión pagadas entre los años 2004 a 2011 y; se condene en costas y agencias del proceso.

De manera subsidiaria solicita que se ordene la reliquidación de la pensión de jubilación con todos los emolumentos salariales y prestacionales contenidos en el acuerdo USO – ECOPETROL; la reliquidación de sueldos, tiempo extra, prima de vacaciones, subsidio de arriendo, prima convencional, mesada catorce, prima de antigüedad en dinero, vacaciones en dinero, quinquenios, bonificación por jubilación, retroactivo por diferencia de mesada pensional, prima legal e indexación, por no aplicar correctamente la estructura escalafonaria; la indemnización contenida en el artículo 65 del CST; el reintegro de \$10.506.533 por concepto de indexación aplicada incorrectamente; el reconocimiento y pago de la pensión y/o retroactivos pensionales conforme a la reliquidación del contrato; el incremento salarial entre enero y mayo de 2004 aplicando el I.P.C.; que se declare que el contrato no se da por terminado por falta de pago de los incrementos salariales y; se condene en costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que estuvo vinculado con la demandada como empleado oficial desde el 20 de noviembre de 1989 hasta el año 2004 cuando fue despedido; que tenía salario de \$38.081 diarios sin ajustes al IPC como lo indica la Convención Colectiva; que el 21 de febrero de 2003 se inició protesta sindical en un conflicto laboral entre la Unión

Sindical Obrera USO y Ecopetrol, ante lo cual se convoca Tribunal de Arbitramento Obligatorio; el 9 de diciembre de 2003, se profirió un laudo arbitral que puso fin al conflicto, en el cual se estableció en materia salarial una bonificación para compensar la falta de incremento por el tiempo transcurrido entre la expiración de la convención y la fecha en que se produce la decisión arbitral, decisión complementada por el Tribunal de Arbitramento en 16 de diciembre siguiente; no obstante, entre enero y mayo de 2004, el trabajador recibió su salario sin reajuste. El 22 de abril de 2004, se decidió la suspensión de actividades por parte de los trabajadores, suspensión que el Ministerio de Protección Social declaró ilegal mediante Resolución No. 1116 del 23 de abril de 2004, con base en la cual, Ecopetrol lo despidió el 17 de mayo siguiente. El 26 de mayo de 2004, en virtud de un acuerdo entre Ecopetrol, el Gobierno Nacional y el sindicato Unión Sindical Obrera, se levanta la huelga y, entre otras, se pensiona a algunos trabajadores, firmando actas de conciliación. El 27 de octubre de 2011 el Consejo de Estado anuló la resolución 1116 de 2004; el 10 de diciembre de 2012 se reunieron en las instalaciones del Ministerio de Trabajo los representantes de la USO, Ecopetrol, ANDI y CUT, en el marco de la Comisión Especial de Tratamientos de Conflictos ante la OIT (CETCOIT) para terminar la queja que habían elevado los trabajadores ante la OIT y, el 23 de mayo de 2013 se firmó un acuerdo entre el Gobierno y la USO novando la obligación laboral. El 30 de mayo de 2013, mediante memorando interno, Ecopetrol informó la obligación de cumplir con el acuerdo CETCOIT y, el 11 de septiembre de 2013 firmó un Acta de Conciliación ante el Ministerio de Trabajo, con Ecopetrol, en donde se le reconoce la pensión de jubilación con fecha de efectividad del 28 de octubre de 2011. Presentó múltiples solicitudes, incluyendo la reclamación administrativa (folios 2 a 47).

ECOPETROL S.A., rechazó las súplicas. Aceptó la fecha de suscripción del contrato entre las partes, la suspensión de actividades por parte de los trabajadores afiliados a la USO, la declaratoria de ilegalidad de la huelga por parte del Ministerio, el acuerdo de levantamiento de la huelga, la conciliación suscrita entre las partes, la liquidación pagada y algunas de las solicitudes presentadas. Propuso la excepción previa de falta de jurisdicción y competencia; con carácter previo y de mérito, las de

cosa juzgada, inepta demanda, falta de agotamiento de la reclamación administrativa y prescripción y; como de fondo únicamente, las de falta de causa e inexistencia de la obligación, pago y cobro de lo no debido, buena fe y las declarables de oficio. Argumentó en su defensa que si bien no existe un acto administrativo por parte de Ecopetrol con el fin de reconocer la pensión del actor, la empresa no está ostentando la calidad del Estado y en virtud a ello sus manifestaciones de la voluntad no deben desprenderse de un acto administrativo, por encontrarse cobijada por el derecho privado; que con el demandante se suscribió acta de conciliación ante el Ministerio de Trabajo, con la que pusieron fin a todas las controversias que pudieron surgir por el conflicto colectivo 2002-2004 entre la USO y Ecopetrol y se declaró a paz y salvo a la empleadora por todo concepto derivado de la terminación de su contrato con ocasión de la participación en el cese de actividades presentado entre abril y mayo de 2004; en consecuencia de vulneró derechos ciertos e hizo tránsito a cosa juzgada (folios 319 a 333).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 2 de noviembre de 2021, resolvió:

PRIMERO: CONDENAR a la demandada ECOPETROL al pago a favor del señor demandante pedro manuel pacheco barrios de la suma de 10'506.533, por concepto de diferencia en la indexación del retroactivo de las mesadas pensionales canceladas al señor demandante, suma esta la cual se pagara debidamente indexada desde el día 31 de julio del año 2013 y hasta su momento efectivo de pago por la parte demandada, conforme se expuso en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: ABSOLVER a la demandada ECOPETROL de las demás pretensiones invocadas en la presente acción y frente a las mismas declarar demostradas las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y parcialmente la de cosa juzgada, conforme se expuso en la parte motiva.

TERCERA: CONDENAR en COSTAS a la parte demandada, para el efecto se fijan como agencias en derecho a su cargo lo correspondiente a un salario mínimo legal vigente para el año 2021.

CUARTO: Si la presente providencia no fuere apelada y hay posiciones encontradas en el Honorable Tribunal Superior de Bogotá, en si procede frente a ECOPETROL la consulta, se le remitirán las diligencias al superior para efecto de que si al magistrado a quien corresponda reparto considera procedente la revise en el grado jurisdiccional de consulta.

En lo fundamental señaló que no hay evidencia alguna en el expediente, de la existencia de algún vicio del consentimiento de los

acuerdos conciliatorios para efectos de declarar su nulidad o ineficacia. Que es válido y legal reconocer una pensión de jubilación mediante un acuerdo conciliatorio, sin que haya lugar a expedir otro acto administrativo, siendo válido el reconocimiento inicial mediante el acta de conciliación. Que la conciliación suscrita entre las parte, hace tránsito a cosa juzgada parcial, respecto de los derechos inciertos y discutibles, pero no respecto al reconocimiento pensión, factores y forma de liquidar la pensión, reconocimiento de cesantías y, demás derechos laborales ciertos e indiscutibles, por disposición expresa del artículo 53 del a CN. Que revisada la liquidación de derechos laborales causados entre el 2004 y 2011, se evidencia que efectivamente dentro de la reliquidación realizada al actor se le pagó lo correspondiente a diferencias salariales y se le hicieron los incrementos legales y convencionales de cada año. Se cumplió lo correspondiente al ascenso conforme a escalafón, sin que haya suma o factor que se haya dejado de tener en cuenta. Al fundamentar el actor una liquidación indebida en la falta de aplicación del escalafón y la falta de incremento de salarios, que quedó desvirtuado; así como la reliquidación de la pensión convencional, al no evidenciarse valores adicionales que se hayan dejado de incluir en cuanto a factores prestacionales y demás a tener en cuenta, concluye que la mesada pensional también fue legal y en debida forma liquidada. Finalmente, con fundamento en la liquidación efectuada por la parte actora, encuentra una diferencia en lo descontado por indexación de las mesadas pensionales pagadas entre 2004 y 2011, teniendo en cuenta los IPC para cada una de las mesadas, presentándose un descuento indebido de \$10'506.533.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes las partes presentaron sendos recursos de apelación.

El demandante arguye que no hay cosa juzgada, entendiendo que hay derechos ciertos e indiscutibles que nacen del mismo acuerdo para el trabajador. Que al aceptar que la indexación estuvo mal practicada se está demostrando mala fe por parte de Ecopetrol respecto a la forma como determinó la pensión. Reitera los argumentos de la demanda relacionados con la ineficacia del acto administrativo, y afirma que el trabajador tiene

derecho a que se revise la liquidación de su pensión de jubilación, y que Ecopetrol debió emitir un acto administrativo sobre el cual se pudiera haber ejercido un control de legalidad. Considera que debe revisarse la reliquidación de la pensión para determinar correctamente los valores a tener en cuenta según el acuerdo entre la USO y Ecopetrol. Reitera que se vulneran derechos fundamentales al desconocer los incrementos salariales y el escalafón convencional.

Por su parte, Ecopetrol S.A., solicita se revoque la condena al manifestar que la indexación se calculó tomando la fórmula de indexación aprobada por la Corte Suprema de justicia, por mes vencido, desconociendo la razón que dio lugar a las diferencias que encontró el a quo al momento de calcularla. Por otro lado, se calcula así mismo la indexación de las mesadas causadas entre el 28 de octubre de 2011 y la fecha en la que se hace la conciliación, existiendo dos indexaciones calculadas con base en mes vencido.

IV. CONSIDERACIONES

Procede la Sala a desatar el recurso de apelación según lo previsto en el artículo 66A del Código de Procedimiento del Trabajo y de la Seguridad Social, por lo que corresponde dilucidar si la conciliación realizada entre las partes en el presente asunto resulta eficaz para el reconocimiento de la pensión de jubilación del actor y si tiene el alcance de acto administrativo o si debe expedirse Resolución en su lugar; si existe cosa juzgada respecto de dicho acto y, de resultar procedente, si le asiste derecho a que se revise la liquidación de su pensión de jubilación, con la inclusión del incremento salarial y reliquidación prestacional. En el mismo entendido, se deberá revisar la diferencia encontrada en los valores descontados al demandante por concepto de indexación de las mesadas pagadas entre 2004 y 2011.

Para dilucidar lo anterior, se encuentra al margen de la discusión que: **i)** el demandante prestó servicios a la demandada desde el 20 de noviembre de 1989, a través de contrato de trabajo a término indefinido, por un término de 21 años, 07 meses, 04 días; **ii)** el 22 de abril de 2004, se

decreta la suspensión de actividades por parte de los trabajadores de Ecopetrol S.A. afiliados a la USO; **iii)** el Ministerio de Protección Social, mediante Resolución 1116 de 23 de abril de 2004 declaró la ilegalidad de la huelga, bajo el fundamento de afectar un servicio público esencial, autorizándose a la empresa a realizar despidos de quienes promuevan o participen en ella; **iv)** que con fundamento en lo anterior, Ecopetrol terminó el contrato de trabajo del demandante el 17 de mayo de 2004; **v)** que el 27 de octubre de 2011 el Consejo de Estado anuló la Resolución 1116 de 2004 de Ministerio de Protección Social y; **vi)** que el 11 de septiembre de 2013, se firmó en Bogotá en las instalaciones del Ministerio de Trabajo Dirección Territorial de Cundinamarca, Acta de Conciliación entre el trabajador, el conciliador del Ministerio de Trabajo y Ecopetrol, para poner fin al diferendo laboral, el trabajador recibe la liquidación del Acuerdo CETCOIT, en el cual se determinó una deducción por indexación de mesadas pensionales pagadas por la suma de \$33.764.562 y nace la obligación para Ecopetrol S.A. de reconocerle la pensión de jubilación al actor con fecha efectiva 28 de octubre de 2011. Pues tales hechos fueron aceptados por la demandada al contestar el libelo introductorio, además de corroborarse con el contrato de trabajo suscrito¹, certificaciones laborales², acta de acuerdo Gobierno Nacional – Ecopetrol S.A. – uso del 26 de mayo de 2004³, acta de conciliación suscrita entre las partes el 11 de septiembre de 2013⁴ y, acta de acuerdo integral y definitiva CETCOIT caso 2355 OIT del 23 de mayo de 2013⁵.

Asimismo, se encuentra acreditado dentro del plenario que el accionante estaba afiliado a la Unión Sindical Obrera USO, subdirectiva de Barrancabermeja, desde el 12 de febrero de 1990⁶.

El 10 de octubre de 2012, en las instalaciones del Ministerio de Trabajo los representantes de la Unión Sindical Obrera USO, ECOPETROL, ANDI y CUT, en el marco de la Comisión Especial de Tratamiento de Conflictos ante la O.I.T., (CETCOIT), frente al caso 2355 de junio 8 de

¹ Fl. 213 a 214

² Fl. 310 a 312 y 313

³ Fl. 75 a 79

⁴ Fls. 355 a 358

⁵ Fls. 359 a 375

⁶ Fl. 50

2004, firman el Acta de Acuerdo para dar por terminada la queja ante la O.I.T. y, el 23 de mayo de 2013, en el marco de la Comisión Especial de Tratamiento de Conflictos ante la O.I.T.- CETCOIT, en el caso 2355, se firma el Acuerdo CETCOIT entre el Gobierno y la USO⁷.

Establecido lo anterior, procede la Sala a resolver los puntos objeto de apelación.

ij) De la eficacia de la conciliación

Solicita el demandante en sus pretensiones primera y segunda principales, “la inexistencia del acto administrativo Resolución de Pensión o cualquier otro con presunción de legalidad, con el cual ECOPEPETROL S.A. debió otorgar la pensión de jubilación inicialmente en el año 2004 y posteriormente con el acuerdo CETCOIT a partir del año 2011” y “la inexistencia de la notificación del Acto Administrativo (resolución de pensión) con la que se entendería ECOPEPETROL S.A. avisa al trabajador su disposición de pensionarlo”⁸.

A su vez, en la pretensión tercera principal del libelo incoatorio, se solicita se “declare la ineficacia de las actas de conciliación firmadas entre Ecopetrol S.A. y el señor Pedro Manuel Pacheco Barrios, en los años 2004 y 2013, con las cuales se le pensiona, atendiendo que éstas no cumplen con los elementos del Acto Administrativo como son: a) Elemento de Existencia, b) Elemento de Validez y c) Requisitos de eficacia y oponibilidad, además por cuanto los derechos pensionales no son objeto de negocio jurídico”.

Lo anterior en cuanto afirma, que al ser Ecopetrol una sociedad de economía mixta, por ende, una entidad pública, era su deber reconocer la prestación de jubilación del actor a través de un acto administrativo y no mediante un acta de conciliación, como sucedió en el presente caso.

⁷ Fl. 61 a 74.

⁸ Fl. 2

Sobre este aspecto, lo primero que se debe precisar es que, Ecopetrol S.A., es una sociedad comercial de economía mixta con participación mayoritaria de capital estatal que tiene un régimen especial y diferente al de otras sociedades de economía mixta y Empresas Industriales y Comerciales del Estado, en muchos aspectos.

Así, la Ley 1118 de 2006 en su artículo 6º, dispuso que *“Todos los actos jurídicos, contratos y actuaciones necesarias para administrar y desarrollar el objeto social de Ecopetrol S.A., una vez constituida como sociedad de economía mixta, **se regirán exclusivamente por las reglas del derecho privado**, sin atender el porcentaje del aporte estatal dentro del capital social de la empresa”*.⁹ Dicha disposición fue declarada exequible mediante sentencia C-722 de 2007, en la que, entre otras cosas, se resaltó:

Si bien las sociedades de economía mixta tienen fundamento constitucional, no han sido definidas directamente por la norma superior. Se trata, según la definición consagrada en la Ley 489 de 1998, art. 97, de organismos autorizados por la ley, constituidos bajo la forma de sociedades económicas con aportes estatales y de capital privado, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial. En efecto, las sociedades de economía mixta se diferencian de las empresas industriales y comerciales del Estado en que el capital de éstas está conformado exclusivamente por bienes públicos, mientras que en las sociedades de economía mixta hay además una participación de los particulares. Sociedades de economía mixta cuyo régimen jurídico le corresponde determinar al legislador (C.P., art. 210) con fundamento en los principios que orientan la función administrativa. En ejercicio de dicha potestad de configuración, mediante la Ley 489 de 1998, dispuso que se rigen por las reglas del derecho privado, salvo las excepciones que consagra la ley (art. 97). Además, en virtud de lo previsto en el Parágrafo del artículo 38 ibídem., las sociedades de economía mixta en las que el Estado posea el noventa por ciento (90%) o más de su capital social, se someterán al régimen previsto para las empresas industriales y comerciales del Estado. En efecto, si el artículo 210 de la Constitución le asignó al legislador la potestad de configuración del régimen jurídico de las entidades descentralizadas, no puede predicarse su vulneración cuando el legislador, en virtud de dicha potestad, dispone que todos los actos jurídicos, contratos y actuaciones necesarias para administrar y desarrollar el objeto social de ECOPETROL S.A., una vez constituida como sociedad de economía mixta, se regirá exclusivamente por las reglas del derecho privado, sin atender el porcentaje del aporte estatal dentro del capital social.

De conformidad con lo anterior, no resulta pertinente estudiar la inexistencia, validez o falta de notificación del acto administrativo que echa de menos el recurrente como fundamento principal de las pretensiones de su demanda, resultando procedente para el reconocimiento de la pensión de jubilación del actor un acuerdo conciliatorio, como aconteció en el

⁹ Norma declarada exequible mediante sentencia C-722 de 2007

presente asunto y, en consecuencia, habrá de confirmarse la decisión de primer grado en este aspecto.

ii) De la cosa juzgada

El *a quo* encontró la cosa juzgada parcial en cuanto a los derechos inciertos y discutibles, por ejemplo moratorias, indexación, entre otros, pero no sobre el reconocimiento de la pensión conforme los factores correspondientes legal y convencionalmente.

En este entendido, debe la Sala entrar a resolver si el acta de conciliación suscrita por las partes el día 11 de septiembre de 2013, tiene o no efectos de cosa juzgada.

Es así como de conformidad con los artículos 303 del CGP y 15 del CST, se hace necesario analizar si dicho acuerdo incluyó las mismas controversias que el demandante plantea en este proceso y, si se produjo la renuncia de algún derecho cierto e indiscutible, de lo cual resultaría objeto ilícito y por ello la invalidez del acuerdo por nulidad absoluta.

De la conciliación suscrita el 11 de septiembre de 2013 obrante a folios 355 a 358, se extrae que las partes, mismas del sub lite, decidieron terminar todas las controversias que pudieran surgir por la terminación del contrato de trabajo del demandante en el año 2004, dada la anulación de la resolución que declaró la ilegalidad del paro en el que participó (Resolución 1116 de 2004), entre ellas, las relacionadas con la continuidad de su contrato y con el salario base de la pensión de jubilación que venía disfrutando. Como solución a estas controversias, se decidió mantener el status de pensionado, pagar los salarios y prestaciones por el tiempo transcurrido entre la fecha de despido ocurrido en el año 2004 y la fecha del reintegro el 27 de octubre de 2011, considerar dichos salarios como nueva base para la liquidación de la mesada pensional, y pagar las diferencias que esa reliquidación generó, por lo que se pagó al actor la suma de \$66.856.194 por esas diferencias.

Son estas las mismas materias sobre las cuales versó la demanda que dio inicio al presente proceso, pues precisamente lo que ahora se busca, es el pago de salarios y prestaciones legales y convencionales causados entre 2004 y 2011, y la consecuente reliquidación de su pensión¹⁰.

Es así como se tiene, que en el numeral 10 de la referida conciliación, se lee que las partes, de común acuerdo, manifestaron que como solución concertada a las diferencias existentes, Ecopetrol S.A., conforme a lo previsto en el acta acuerdo integral y definitiva sobre la situación de trabajadores despedidos con ocasión del conflicto colectivo 2002-2004 Ecopetrol - Unión sindical obrera de la industria del petróleo – USO, pagaría al señor Pacheco Barrios, los *“salarios, prestaciones sociales y demás beneficios convencionales a que haya lugar conforme al anexo incluido en el acta de acuerdo ya señalada, por el tiempo transcurrido entre la fecha de desvinculación acaecida en el año 2004 y el 27 de octubre de 2011, en condición de trabajador activo, conforme a liquidación que se anexa como parte integral de la presente acta”*¹¹.

En este sentido, el referido acuerdo, en su numeral 1, estableció que:

Respecto de aquellas personas que participaron en el conflicto colectivo 2002- 2004 y fueron pensionadas con ocasión del acta del 26 de mayo de 2004 según listado adjunto (Anexo 2), se les mantendrá tal status y se procederá a liquidar y pagar los salarios y prestaciones sociales por el tiempo transcurrido entre la fecha de desvinculación acaecida en el año 2004 y el 27 de octubre de 2011 para efectos de la reliquidación de su derecho pensional, para lo cual deberán suscribir conciliaciones individuales ante el Ministerio del Trabajo con el único inspector que sea designado, y con el acompañamiento de la Procuraduría a través de un delegado único.

¹⁰ Incremento salarial de enero a mayo de 2004 de acuerdo al I.P.C., con el pago de salarios, prestaciones sociales y seguridad social hasta el nuevo reconocimiento pensional, incluyendo tiempo regular, sobretiempo, viáticos sindicales, auxilio de transporte sindical, prima de vacaciones, subsidio de transporte, subsidio de alimentación, subsidio de arriendo, prima convencional, mesada 14, antigüedad en dinero, vacaciones en dinero, prima de servicios, bono laudo, quinquenio, cesantías, intereses de cesantías, devolución descuento cesantías, indexación de conceptos liquidados, bonificación de jubilación, subsidio familiar, subsidio familiar extra, comisariato, tiquetera e, indexación. // De manera subsidiaria solicita que se ordene la reliquidación de la pensión de jubilación con todos los emolumentos salariales y prestacionales contenidos en el acuerdo USO – ECOPETROL; la reliquidación de sueldos, tiempo extra, prima de vacaciones, subsidio de arriendo, prima convencional, mesada catorce, prima de antigüedad en dinero, vacaciones en dinero, quinquenios, bonificación por jubilación, retroactivo por diferencia de mesada pensional, prima legal e indexación, por no aplicar correctamente la estructura escalafonaria; la indemnización contenida en el artículo 65 del CST

¹¹ Fl. 356.

Para estos efectos se adjunta a la presente acta un listado con las variables que se incluirán en la liquidación y reconocimiento de tiempos, salarios, prestaciones y demás beneficios convencionales, a que haya lugar en cumplimiento del presente acuerdo (Anexo 3).

De los dineros que eventualmente resulten a favor de esta población se descontarán aquellos que haya desembolsado la Empresa con ocasión del cumplimiento de decisiones judiciales con el mismo fundamento.¹²

De folios 195 a 207, aparecen las certificaciones referentes a los pagos realizados al actor por concepto de la liquidación conforme al acuerdo CETCOIT Caso 2355 OIT, de las que se desprende fácilmente que se incluyeron todos y cada uno de los conceptos echados de menos por el accionante, incluidos en el anexo 3.

Bajo este entendido, considera la Sala que las materias objeto de la controversia planteadas en este asunto, guardan idéntica relación con las acordadas en la conciliación, acuerdo en el que el trabajador no renunció a derechos ciertos e indiscutibles, pues nótese que la conciliación es en realidad, el acta de cumplimiento de las obligaciones que “*pudieron*” surgir a cargo de Ecopetrol por la anulación de la Resolución 1116 de 2004.

Aunado a lo anterior, dicho acuerdo fue suscrito de forma libre e informada por el demandante quien para este último efecto estuvo acompañado en la diligencia por el Secretario de Relaciones Externas y Asuntos Internacionales de la Junta Directiva del sindicato Unión Sindical Obrera de la Industria del Petróleo - USO, y por la Procuraduría Delegada para Asuntos Laborales como garante de la vigencia efectiva de sus derechos. Asimismo, el texto de la conciliación siguió los lineamientos que definió el “ACUERDO INTEGRAL Y DEFINITIVO SOBRE LA SITUACIÓN DE TRABAJADORES DESPEDIDOS CON OCASIÓN DEL CONFLICTO COLECTIVO 2002-2004 ECOPETROL - UNION SINDICAL OBRERA DE LA INDUSTRIA DEL PETROLEO - USO”, instrumento que se elaboró por la USO, Ecopetrol y el Gobierno Nacional, con participación activa de la Comisión Especial de Tratamiento de Conflictos de la OIT (CETCOIT) con el fin de dar cumplimiento a la sentencia del Consejo de Estado que anuló la Resolución 116 de 2004, mediante la cual se declaró la ilegalidad del paro.

¹² Fl. 360

En consecuencia, no hay lugar a modificar este punto de la sentencia recurrida.

Por sustracción de materia, al no prosperar el reproche referente a la reliquidación de salarios y prestaciones contenidos en el Acuerdo USO – Ecopetrol, se releva la Sala del estudio del punto de apelación referido a si le asiste derecho a que se revise la liquidación de su pensión de jubilación, con la inclusión del incremento salarial y reliquidación prestacional, pues el mismo queda sin fundamento.

iii) De la indexación de mesadas pagadas entre 2004 y 2011

Reprocha la demandada la diferencia encontrada sobre el valor deducido por indexación de mesadas pagadas desde 2004 a 2011, para lo cual explica la fórmula aplicada en el momento de actualizar el valor correspondiente, echando de menos la fórmula aplicada por el juez de primera instancia.

Sobre este punto, baste con resaltar que de acuerdo a la reliquidación aportada a folio 199 del plenario, se observa que dentro de los valores incluidos en conceptos de deducciones, se incluye la suma correspondiente a \$33'764.562 por concepto de indexación a 31/07/2013 de mesadas pensionales pagadas hasta el 27/10/2011.

Revisada la sentencia del *a quo*, se desprende que le da valor probatorio a la liquidación realizada por el demandante, esto es la aportada en documento Excel en Cd obrante a folio 314. Sin embargo, revisada por la Sala dicha liquidación, se observa que se hace el cálculo respectivo con actualización a octubre de 2011, incluyendo un IPC Final de 108,551, el cual corresponde al IPC de esa data¹³, cuando lo correcto era tomar como IPC Final, el aplicable a julio de 2013, cual fue la fecha a la que se actualizó la suma según se indica en la liquidación y que corresponde a 113,746217.

¹³ IPC_Total nacional Serie histórica base 2008 desde jul1954 a dic2018

Así las cosas, efectuadas las operaciones aritméticas pertinentes, en realidad arrojan una diferencia de \$366.277¹⁴, según las sumas certificadas como pagado por este concepto entre el 17 de mayo de 2004 y el 27 de octubre de 2011, visible a folio 198; razón por la cual, hay lugar a modificar la condena impuesta en primera instancia por este concepto, suma que deberá ser debidamente indexada a la fecha de pago efectivo, desde el 1 de agosto de 2013 y hasta la fecha de pago efectivo.

No se causan costas en la apelación.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral primero de la sentencia proferida el 2 de noviembre de 2021 por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el cual quedará del siguiente tenor: “**CONDENAR** a la demandada ECOPETROL al pago a favor del señor demandante Pedro Manuel Pacheco Barrios de la suma de \$366.277, por concepto de diferencia en la indexación del retroactivo de las mesadas pensionales canceladas al demandante, suma que deberá ser debidamente indexada desde el 1 de agosto del año 2013 y hasta la fecha de pago efectivo.”.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia recurrida.

TERCERO: Sin COSTAS en la instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

¹⁴ Liquidación tabla anexa a esta sentencia.



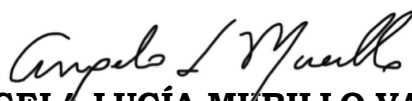
CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 017 2019 00425 01
DEMANDANTE: CLAUDIA MAGDALENA JIMÉNEZ GARCÍA
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. Y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintitrés (2023).

Visto el memorial de sustitución de poder allegado en esta instancia por la apoderada general de la parte demandada (archivo 3, fl. 8), se tiene como apoderada judicial de Colpensiones a la Dra. ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES, identificada con cédula de ciudadanía No. 37.627.008 y T.P. No. 221.228 del C.S. de la J.

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por las demandadas Colpensiones y Porvenir S.A., contra la sentencia proferida por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 14 de diciembre de 2022. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

La accionante pretendió que se declare la nulidad de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuada a través de la AFP Porvenir en julio de 1994 y, la posterior a Protección en marzo de 1996. En consecuencia, se ordenó a la AFP a retornarla con todos los valores que hubiere recibido, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales

de la aseguradora, con sus frutos e intereses, y rendimientos, a Colpensiones y, a ésta, a recibirla y mantenerla como afiliada sin solución de continuidad. Así mismo, se condene a las demandadas a lo ultra y extra *petita* y, las costas.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 14 de octubre de 1962. Estuvo afiliada al ISS, hoy Colpensiones del 21 de mayo de 1982 al 31 de julio de 1994, acumulando un total de 212.43 semanas. En julio de 1994, los asesores de la AFP Horizonte, hoy Porvenir, le presentaron el nuevo régimen pensional, dándole información general. Aduce que le indicaron que el seguro se iba a liquidar, no le realizaron proyección de mesada, ni informaron consecuencias o pérdida de beneficios. En el año 1996 se cambió a Colmena, hoy Protección, debido a que su empleador tenía convenios con esta AFP, cuyo asesor solo rellenaba formularios, sin darle ninguna información. Para enero de 2019, contaba con 1289.14 semanas cotizadas. Elevó peticiones a las demandadas solicitando el retorno a prima media, obteniendo respuestas negativas. Manifiesta que Protección realizó simulación pensional para cuando cumpliera 57 años, obteniendo una mesada mensual equivalente a \$1'537.884, mientras que en Colpensiones sería de \$3'296.822 (expediente digitalizado, archivo 03, fls. 6 a 26).

Al dar contestación, Colpensiones se opuso a las súplicas de la demanda en su contra. Admitió la data de nacimiento de la demandante, la petición elevada y su respuesta. Manifestó que los restantes hechos no son ciertos o no le constan. Formuló como excepciones de mérito las que denominó: el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe, y las demás declarables oficiosamente. Argumentó que la afiliación de la demandante al RAIS, se realizó con plena voluntad, suscribiendo los formularios para efectuarlo, voluntad que se vio ratificada con el traslado entre administradoras de ese régimen; la accionante que está incurso en prohibición legal de retornar a prima media en razón de la edad y no es beneficiaria del régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993. Aduce que no es válido imponer a las administradoras obligaciones y soportes de información no previstos en el

ordenamiento jurídico vigente al momento del traslado y; que sobre la afiliada también recaía su deber de información (expediente digital, archivo 06 fls. 2 a 12).

Por su parte, la AFP Protección se opuso al éxito de las pretensiones. Frente a los hechos aceptó la data de nacimiento de la accionante, la afiliación a esta AFP, el total de semanas cotizadas, la solicitud de nulidad, la respuesta y la simulación pensional. Manifestó no constarle o no ser ciertos los demás. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, 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 y porque afecta derechos de terceros de buena fe y, la innominada o genérica. En su defensa expuso que brindó una asesoría completa, clara y comprensible a la demandante al momento de realizar su afiliación la cual se hizo conforme a la normatividad de la época y conforme a las exigencias existentes para ese momento, siendo su traslado válido, sin que existan vicios en el consentimiento; además nunca ejercicio de la facultad de regresar al RPM y por el contrario, se vinculó a otras administradoras de fondos de pensiones privadas (expediente digital, archivo 05 fls. 12 a 28).

La AFP Porvenir se opuso al éxito de las pretensiones. Frente a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la accionante, la asesoría en la empresa para el momento del traslado inicial, la petición y su respuesta. Manifestó no ser ciertos o no constarle los demás. Propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y las declarables de oficio. En su defensa expuso que la afiliación de la demandante al fondo de pensiones Porvenir se efectuó de manera informada, libre de presiones o engaños, y voluntaria, siendo su traslado válido, lo que se corrobora con el formulario de afiliación; además la demandante no es beneficiaria del régimen de transición (expediente digital, archivo 07 fls. 1 a 15).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo del 14 de diciembre de 2022 (expediente digital, archivo 22), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, prescripción, ausencia de vicios del consentimiento, propuestas por las demandadas, según lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: DECLARAR QUE EL TRASLADO de la señora CLAUDIA MAGDALENA JIMÉNEZ GARCÍA identificada con la C.C. 51.682.825, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS, administrado en su momento por Horizonte S.A., hoy PROTECCIÓN S.A., fue ineficaz, y por consiguiente no produjo efectos jurídicos.

TERCERO: DECLARAR que la señora JIMÉNEZ GARCÍA, se encuentra válidamente afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, y que COLPENSIONES, tiene la obligación de validar su vinculación sin solución de continuidad, según las consideraciones señaladas.

CUARTO: ORDENAR a la administradora de fondos de pensiones de la demandante, trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido aportes, bonos pensionales, primas de seguros previsionales, todo lo anterior con sus frutos y rendimientos e intereses, debiendo devolver además los gastos y comisiones de administración que en su momento descontó, y los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, a valores que deberán ser devueltos debidamente indexados y con cargo a sus propias utilidades.

QUINTO: CONDENAR a su vez a PORVENIR S.A. a devolver también los gastos y comisiones de administración que en su momento descontó, sumas adicionales de la aseguradora, primas de seguros, previsionales de invalidez y sobrevivencia y porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de pensión mínima y valores utilizados en seguros previsionales, valores que deberán ser devueltos debidamente indexados con cargo a sus propias utilidades por el tiempo en que la demandante estuvo vinculada con esa entidad.

SEXTO: ORDENAR a COLPENSIONES recibir el traslado de fondos que efectúen a favor de la demandante, tanto PORVENIR S.A. como PROTECCIÓN S.A. y convalidarlos en su historial laboral.

SÉPTIMO: CONDENAR EN COSTAS a las demandadas. En firme esta sentencia, por Secretaría practíquese la liquidación, incluyendo agencias en derecho a cargo de cada una por valor de \$900.000 M/Cte.

OCTAVO: SE DISPONE LA CONSULTA de esta sentencia a favor de COLPENSIONES, remítase el expediente al Superior.

Como sustento de su decisión, señaló que no demostraron las AFPs haber brindado a la afiliada en el momento del traslado al RAIS, información clara que le permitiese tener claras las condiciones y características de ese régimen, sin que pueda suplirse por los traslados o vinculaciones entre administradoras.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes las demandadas Porvenir y Colpensiones, recurrieron la sentencia.

La AFP Porvenir S.A. arguye que cumplió con la totalidad de las exigencias normativas a su cargo para el año 1994, brindando una capacitación o asesoría a la demandante de manera privada conforme a las normativas para la época del traslado de la actora, cuando no se le exigía documentación adicional al formulario de vinculación, para demostrar la asesoría. Resalta el deber de información que recae en cabeza de la demandante. Se opuso a la condena por traslados de gastos de administración, por cuanto no corresponden a dineros destinados a financiar la pensión de la demandante en caso que se hubiere pensionado con Porvenir, correspondiendo a sumas por su debida gestión. Asimismo las sumas por concepto de prima de seguro previsional, por cuanto ya estas no se encuentran en su poder, sino en poder de la compañía aseguradora que se contrató para poder cubrir o financiar las prestaciones que por mandato legal así lo requerían; y en lo referente a la indexación, afirma que con el traslado de los rendimientos se compensa la depreciación del poder adquisitivo de la moneda que pudiere haberse generado en los emolumentos a retornar.

Colpensiones reprocha la condena en costas toda vez que fue un tercero de buena fe, que no hizo parte del negocio jurídico de afiliación.

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

V. CONSIDERACIONES

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

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

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

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

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

La Sala de Casación Laboral, en proveído CSJ SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia CSJ SL 1688-2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y, por ello, el examen del acto de

cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde aquella institución. De otra parte, en las decisiones CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL19447-2017 y CSJ SL1421-2019, la misma Corporación indicó que el libre albedrio exigido por el sistema de seguridad social, no se restringe *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* la que no se configura con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues se requiere contar con elementos de juicio suficientes para entender las consecuencias de la decisión. Además, que la firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020, STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021; CSJ SL 150-2022).

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

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

prueba, y debe entonces la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional.

VI. CASO CONCRETO

Se encuentra demostrado en el proceso que la actora estuvo afiliada y cotizó al seguro social, hoy Colpensiones desde el 21 de mayo de 1982 (24ExpedienteAdministrativo¹); migró al RAIS, a través de la AFP Horizonte, hoy Porvenir S.A., mediante suscripción de formulario de vinculación, del 14 de julio de 1994; posteriormente, cambió horizontalmente a la AFP Colmena, hoy Protección, a partir del 18 de marzo de 1996 (expediente digital, carpeta 05, fls. 29 y 36 y, archivo 07, fl. 17).

Al absolver interrogatorio de parte la demandante señaló que en 1994 se trasladó a Horizonte, hoy Porvenir, cuando trabajaba en la clínica Chaio, y los directivos de la clínica los convocó a una reunión en el auditorio, en donde se les indicó a todos los trabajadores que debían pasar sus pensiones en ese entonces para Horizonte. Su afiliación no fue libre y voluntaria sino por indicación de la Clínica. No fue una reunión personalizada, sino de información general. Les dijeron que dijeron que se podrían pensionar antes de tiempo, que la pensión iba a ser más alta que la de Colpensiones, que si fallecía los hijos tendrían derecho a la pensión y que podría hacer un ahorro para pensionarse antes. Se aprovechó un pánico diciendo que el seguro se iba a acabar. No se le indicó que sus aportes irían a una cuenta de ahorro individual, ni del bono pensional. Le informaron que podría hacer aportes voluntarios y que generaría rendimientos y que servían para ser exención de impuestos. Sabe que debía trasladar todos los aportes del seguro al fondo privado y que los requisitos para pensionarse eran edad y semanas. No le hablaron del régimen de transición. Tiene entendido que con Protección la pensión le quedará más o menos en \$1'300.000 y con Colpensiones el triple. Quiere retornar a Colpensiones, porque en el fondo privado tendría un detrimento en su calidad de vida. A Colmena se trasladó por cambio de las directivas,

¹ Carpeta CC-51682825 (1). Archivo: GRP-SCH-HL-66554443332211_1576-20190820113412

pusieron mesas y debían llenar los formularios, pero no hubo asesoría, ni leyó el formulario. Todos los cambios entre AFPs obedecieron a las indicaciones de la clínica como empleador. Recibe extractos pero no los entiende en su totalidad. No le explicaron las distintas modalidades de pensión.

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

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

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

De otra parte, la teoría de los actos de relacionamiento materializados con la permanencia en el RAIS y las cotizaciones realizadas no aplica en los asuntos de ineficacia de traslado por resultar posteriores al acto jurídico inicial, tampoco la inobservancia de los deberes del afiliado como consumidor financiero. *«Se reitera que el estudio de la acción de ineficacia se centra en el cumplimiento del deber de información en el traslado inicial que realizó la persona afiliada, y este desacato es lo que*

genera por sí mismo la ineficacia en los términos del artículo 271 de la Ley 100 de 1993.» (CJS SL 5686-2021).

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

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

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

devolver dichos rubros con cargo a sus propias utilidades *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (CSJ SL 5205-2020 CSJ SL 5680-2021). En consecuencia, la sentencia será confirmada en este aspecto, pero se adicionará en lo referente a que al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL2877-2020).

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

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

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

cierre de la jurisdicción ordinaria en las sentencias CSJ SL 1421-2019 y CSJ SL373-2021, entre otras.

Estima la Sala que no hay lugar a absolver a Colpensiones de pagar costas del proceso toda vez que el artículo 365 del Código General del Proceso dispone que se condenará a la parte vencida o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación o revisión que haya propuesto y, en el presente asunto, la administradora resultó derrotada, pues además de declararse la ineficacia del traslado, se le ordenó, recibir recursos e imputarlos a la historia laboral de la demandante.

Sin costas en este grado jurisdiccional, ni en la instancia ante su no causación.

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR los numerales CUARTO y QUINTO de la sentencia proferida por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 14 de diciembre de 2022, en el sentido de indicar que la condena allí impuesta, al momento de cumplirse esta orden, los conceptos también deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia en el sentido de **DECLARAR** que Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar de asumir la obligación

pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensión.

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

CUARTO: Sin COSTAS en la consulta ni en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada
Con aclaración de voto



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 017 2021 00195 01
DEMANDANTE: EUGENIA MARGARITA ARANGO OLMOS
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS
DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. Y
SKANDIA PENSIONES Y CESANTIAS S.A.
**LLAMADA EN
GARANTÍA:** MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintitrés (2023).

Visto el memorial de sustitución de poder allegado en esta instancia por la apoderada general de la parte demandada (archivo 4, fl. 8), se tiene como apoderada judicial de Colpensiones a la Dra. ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES, identificada con cédula de ciudadanía No. 37.627.008 y T.P. No. 221.228 del C.S. de la J.

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por las demandadas Colpensiones y Skandia S.A., contra la sentencia proferida por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 23 de noviembre de 2022. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

La accionante pretendió que se declare la ineficacia, o en subsidio la nulidad, del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuada a través de la AFP Protección en febrero de 1999. En consecuencia, se ordenó a la AFP a trasladar los aportes realizados, con

los rendimientos y demás sumas causadas, a Colpensiones y, a ésta, contabilizar para efectos de la pensión las semanas cotizadas. Así mismo, se condene a las demandadas a lo ultra y extra *petita* y, las costas.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 14 de octubre de 1961. Se afilió al sistema general de pensiones en octubre de 1990, cotizando al ISS, hoy Colpensiones. En febrero de 1999 se trasladó al RAIS, a través de Protección. Aduce que no fue asesorada ni informada por la AFP de manera completa, clara, verás, oportuna, adecuada, suficiente y cierta, respecto de las diferencias entre regímenes, prestaciones económicas, beneficios, desventajas o inconvenientes y, en general, las implicaciones y consecuencias sobre derechos pensionales. Posteriormente se trasladó a la AFP Old Mutual, hoy Skandia, en enero de 2012 y, en marzo de 2019, retornó a Protección. Acredita un total de 1542 semanas. De conformidad con la liquidación elaborada en el RPM devengaría una mesada para el año 2020 de \$7'494.848, mientras que en el RAIS sería de \$2'742.955. solicitó a las demandadas la nulidad o ineficacia de su traslado, obteniendo respuesta negativa (expediente digitalizado, archivo 02, fls. 1 a 19).

Al dar contestación, Colpensiones se opuso a las súplicas de la demanda en su contra. Admitió la data de nacimiento de la demandante, su afiliación al ISS, su traslado al RAIS y, la petición elevada. Manifestó que los restantes hechos no son ciertos o no le constan. Formuló como excepciones de mérito las que denominó: aplicación del precedente establecido en la sentencia SL 373 del 2021, el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe, y las demás declarables oficiosamente. Argumentó que la afiliación de la demandante al RAIS, se realizó con plena voluntad, suscribiendo los formularios para efectuarlo, voluntad que se vio ratificada por más de 22 años en que ha realizado cotizaciones a ese régimen; la accionante que está incurso en prohibición legal de retornar a prima media en razón de la edad y no es beneficiaria del régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993. Aduce que no es válido imponer a las administradoras obligaciones y soportes de información no previstos en el ordenamiento jurídico vigente al

momento del traslado y; que sobre la afiliada también recaía su deber de información (expediente digital, archivo 05 fls. 4 a 48).

Por su parte, la AFP Protección se opuso al éxito de las pretensiones. Frente a los hechos aceptó la data de nacimiento de la accionante, el traslado al RAIS a esta AFP y a Old Mutual, hoy Skandia, el total de semanas cotizadas, la solicitud de nulidad y la respuesta negativa. Manifestó no constarle o no ser ciertos los demás. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, falta del juramento estimatorio de perjuicios como requisito procesal, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, prescripción, 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 y, la innominada o genérica. En su defensa expuso que brindó una asesoría completa, clara y comprensible a la demandante al momento de realizar su afiliación la cual se hizo conforme a la normatividad de la época y conforme a las exigencias existentes para ese momento, siendo su traslado válido, sin que existan vicios en el consentimiento; además nunca ejercicio de la facultad de regresar al RPM y por el contrario, se vinculó a otras administradoras de fondos de pensiones privadas (expediente digital, archivo 06 fls. 3 a 34).

Skandia S.A., al contestar la demanda se opuso al éxito de las aspiraciones. De los hechos dijo ser cierta la vinculación de la actora a esta AFP, la petición elevada y la respuesta negativa; respecto a los demás manifiesta no constarle. Propuso las excepciones que denominó: actos de relacionamiento, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, Skandia no participó ni intervino en el momento de selección de régimen, la demandante se encuentra inhabilitada para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado, ausencia de configuración de causales de nulidad, inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al RAIS, ausencia de falta al deber de asesoría e información, los supuestos fácticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por la demandante, prescripción, buena fe y las demás declarables de oficio. En su defensa alegó que la demandante no

acreditó los fundamentos fácticos para obtener la declaratoria de nulidad de la afiliación; que la elección fue libre y voluntaria y, se materializa con la suscripción del formulario de afiliación; aduce haber cumplido el deber de información a cargo de los Fondos de Pensiones y, que la demandante se encuentra en la prohibición legal de traslado en atención a la edad, sin que sea beneficiaria del régimen de transición (expediente digital, archivo 07 fls. 2 a 18).

Finalmente, llamó en garantía a la aseguradora Mapfre Colombia Vida Seguros S.A. en virtud de los contratos de seguro previsional vigentes entre 2012 y 2018 (archivo 07 fl. 65 a 68); vinculada mediante auto del 28 de septiembre de 2021 (documento 08); quien al contestar la demanda inicial rechazó el éxito de las aspiraciones. Manifestó que los hechos no le constan. Propuso las excepciones que denominó: **i)** *«El acto jurídico de afiliación al RAIS, y los de sus posteriores traslados a otras AFPs, fueron debidamente informados y las decisiones tomadas por la demandante se dieron al amparo del principio de “autonomía de la voluntad”, sin estar mediadas y/o determinadas por error o vicio alguno del consentimiento, siendo absolutamente lícitas y válidas»,* **ii)** *«inexistencia de motivos que tipifiquen alguna causal de nulidad material o de invalidación del acto jurídico de afiliación de la demandante a “Skandia Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A.”»,* **iii)** *prescripción de la acción de nulidad,* **iv)** *«legalmente la demandante se encuentra inhabilitada para trasladarse de régimen pensional»* y, **v)** las demás declarables oficiosamente. Como fundamentos de defensa indicó que es evidente que la manifestación del consentimiento de la demandante, a través del acto jurídico de afiliación como expresión de la autonomía de voluntad, estuvo precedido de libertad e información, exenta de error o de inducción indebida, con una consecuencia jurídico material inobjetable, lo que se vio reflejado en los posteriores traslados entre AFPs.

Al dar respuesta al llamamiento en garantía, se opuso al mismo. Admitió la presentación de la demanda ordinaria, la suscripción del contrato de seguro previsional, su vigencia y, los pagos correspondientes a las primas de seguro previsional de invalidez y sobrevivientes. Propuso las excepciones que denominó: **i)** *«“Skandia Administradora de Fondos de*

Pensiones y Cesantías S.A.”, Frente a la acción material ejercida por la parte demandante, carece de amparo y/o cobertura, pues, el riesgo objeto de protección asegurativa no tiene relación con el objeto material de las pretensiones, siendo improcedente el llamamiento en garantía realizado a “Mapfre Colombia Vida Seguros S.A.”, ii) “Mapfre Colombia Vida Seguros S.A.” no se encuentra obligada, en caso de una sentencia de condena contra la llamante en garantía, a efectuar devolución de la prima, ni de ningún otro valor que corresponda a contraprestación del seguro, porque ella fue legalmente devengada y los riesgos estuvieron efectivamente amparados», iii) «A “Mapfre Colombia Vida Seguros S.A.” no le son oponibles los efectos de una eventual sentencia estimatoria de las pretensiones de la demanda, afectando a la llamante “Skandia Administradora de Pensiones y Cesantías S.A.” y, por lo mismo no está obligada a restitución alguna», iv) inexistencia de derecho contractual por parte de “Skandia Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantía S.A.”, v) prescripción de la acción derivada del contrato de seguro y, vi) las demás declarables oficiosamente. Expuso en su defensa que la ineficacia del traslado de régimen no se encuentra amparada por los seguros contratados (expediente digital, archivo 10 fls. 3 a 26).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo del 23 de noviembre de 2022 (expediente digital, archivo 20), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, y prescripción, propuestas por las demandadas, según lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: DECLARAR QUE EL TRASLADO de la señora EUGENIA MARGARITA ARANGO OLMOS identificada con la C.C. 51.620.989, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS, administrado por PROTECCIÓN S.A., fue ineficaz, y por consiguiente no produjo efectos jurídicos.

TERCERO: DECLARAR que la señora ARANGO OLMOS, se encuentra válidamente afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, y que COLPENSIONES, tiene la obligación de validar su retorno sin solución de continuidad, según las consideraciones señaladas.

CUARTO: ORDENAR a la administradora de fondos de pensiones y cesantías PROTECCIÓN S.A., trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la vinculación de la demandante, tales como cotizaciones, sumas adicionales de la aseguradora, bonos pensionales, todo lo anterior con sus frutos y rendimientos.

QUINTO: CONDENAR a PROTECCIÓN S.A., Y SKANDIA S.A., a devolver además, los gastos de administración, y sumas adicionales de la aseguradora, bonos pensionales, lo anterior con sus frutos y rendimientos, y las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los porcentajes destinados a conformar el fondo de garantía de pensión mínima, y valores utilizados en seguros previsionales, valores que deberán ser devueltos debidamente indexados, con cargo a sus propias utilidades. En el caso de SKANDIA S.A., por el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a esa AFP; lo anterior conforme a las consideraciones precedentes.

SEXTO: ORDENAR a COLPENSIONES recibir el traslado de fondos que efectúen a su favor SKANDIA S.A., y PROTECCIÓN S.A., y convalidarlos en la historia laboral de la demandante.

SÉPTIMO: CONDENAR EN COSTAS a las demandadas. En firme esta sentencia, por Secretaría practíquese la liquidación, incluyendo agencias en derecho a cargo de cada una por valor de \$1'000.000 M/Cte.

OCTAVO: SE DISPONE LA CONSULTA de esta sentencia a favor de COLPENSIONES.

NOVENO: SE ABSUELVE de todas las condenas solicitadas a la llamada en garantía MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., lo anterior por las razones que se explicaron en la parte considerativa de esta sentencia.

Como sustento de su decisión, señaló que no demostraron las AFPs haber brindado a la afiliada en el momento del traslado al RAIS, información clara que le permitiese tener claras las condiciones y características de ese régimen, sin que pueda suplirse por los traslados o vinculaciones entre administradoras.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes las demandadas Skandia y Colpensiones, recurrieron la sentencia.

Skandia solicita se revoque la condena impuesta tendiente a devolver las sumas adicionales de la aseguradora, dado que estas contingencias no fueron el objeto principal de este proceso, pues en este caso no se trata de reconocimiento de una pensión de invalidez o sobrevivientes y, en lo referente a los gastos de administración, teniendo en cuenta que son descuentos que se realizaron en virtud de lo establecido en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, por la administración de la cuenta de la demandante de manera diligente, para generar unos rendimientos; por lo que se estaría causando un perjuicio al patrimonio, toda vez que esos dineros ya han sido utilizados para la administración en general de la cuenta de ahorro individual de la demandante y, al ordenarse su

devolución, se estaría descapitalizando la cuenta de la administradora. Además, es la aseguradora Mapfre y no Skandia quien tiene a su disposición dichos conceptos o emolumentos. Finalmente, aduce que, al ser un emolumento económico periódico y que no está destinado para cubrir la pensión de vejez de la demandante, debe aplicarse la figura de la prescripción.

Colpensiones reprocha la condena en costas toda vez que fue un tercero de buena fe, que no hizo parte del negocio jurídico de afiliación.

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

V. CONSIDERACIONES

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

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

El Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen de la demandante, previó en el numeral 1 del artículo 97, la obligación de las entidades de seguridad social de suministrar a los usuarios la información necesaria, clara, veraz y objetiva para que se elijan las mejores

opciones del mercado. Así lo aleccionó la Sala de Casación Laboral en la sentencia, CSJ SL1688 de 2019, por citar solo un ejemplo.

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

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

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

Ese deber de información, según las reglas jurisprudenciales descritas, de acuerdo con la época en que se efectúa el traslado, incluye la

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

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

VI. CASO CONCRETO

Se encuentra demostrado en el proceso que la actora estuvo afiliada y cotizó al seguro social, hoy Colpensiones; migró al RAIS, a través de la AFP Protección S.A., mediante suscripción de formulario de vinculación, del 16 de diciembre de 1998; posteriormente, cambió horizontalmente a la AFP Skandia, a partir del 18 de noviembre de 2011 y; finalmente regresó a Protección el 22 de enero de 2019 (expediente digital, carpeta 07, fls. 19 y 34 y, archivo 06, fls. 42, 43 y 45).

Al absolver interrogatorio de parte la demandante señaló que en 1998 se trasladó a Protección, cuando una asesora llegó a su oficina y le

hizo el traslado a ella y a su asistente; no recuerda que se le haya indicado qué sucedería con las semanas que ya tenía cotizadas al Instituto de Seguros Sociales, cuántas semanas tenía, no le indicó la posibilidad de realizar aportes voluntarios, o que sus cotizaciones irían a una cuenta de ahorro individual a su nombre, a diferencia del Seguro Social; le dijo que generarían rendimientos y que en el seguro social no los había. Le habló que el ISS se estaba liquidando y que era más beneficioso cambiarse a un fondo privado. Dio información sobre sus beneficiarios, pero no sabe para qué, sabe que si fallecía, la pensión la obtendrían los beneficiarios. También le dijo que podría sacar el dinero en algún momento si lo necesitaba y en el seguro no, pero no fueron claros en qué condiciones. No recuerda que le dijeran que requería cierto monto para pensionarse. La asesora llenó un documento con sus datos y ella lo firmó. No le hablaron de las modalidades de pensión. Entendía que era un ahorro. Se trasladó a Old Mutual, hoy Skandia, porque unas amigas le dijeron que era una pensión más exclusiva, con mejor atención. Retornó a Protección en 2019, porque un amigo de sus hijas le dijo y, él podría estar más pendiente de eso; ahí se enteró de los aportes voluntarios y le dijeron que era para pensionarse mejor, y que le ayudaba a la retención en la fuente; era un ahorro. Nadie le informó el límite de edad para retornar a Colpensiones. Se quiere devolver porque en el RAIS tendría una pensión de \$2'000.000 mientras que en Colpensiones sería de \$7.000.000. No ha solicitado la pensión.

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

Cumple reiterar que la suscripción del formulario de afiliación no es suficiente para acreditar el deber de información que le asiste al fondo

privado, dado que este, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (CSJ STL3202-2020; CSJ STL3201-2020; CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021).

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

De otra parte, la teoría de los actos de relacionamiento materializados con la permanencia en el RAIS y las cotizaciones realizadas no aplica en los asuntos de ineficacia de traslado por resultar posteriores al acto jurídico inicial, tampoco la inobservancia de los deberes del afiliado como consumidor financiero. *«Se reitera que el estudio de la acción de ineficacia se centra en el cumplimiento del deber de información en el traslado inicial que realizó la persona afiliada, y este desacato es lo que genera por sí mismo la ineficacia en los términos del artículo 271 de la Ley 100 de 1993.»* (CJS SL 5686-2021).

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

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

haya lugar, los valores utilizados en seguros previsionales, con cargo a sus propias utilidades (CSJ SJ SL2209-2021, CSJ SL2207-2021 y CSJ SL5686-2021), así como los gastos de administración y las comisiones (CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020, CSJ SL373-2021, CSJ SL5686-2021). En consecuencia, la sentencia será confirmada en este aspecto, pero se adicionará en lo referente a que al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL2877-2020).

Cumple agregar que no es posible eximir de responsabilidad a las AFP Skandia de trasladar a Colpensiones las sumas de dinero descontadas por concepto de gastos y cuotas de administración, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales mientras la demandante estuvo vinculada a este fondo, dado que la declaración de ineficacia los obliga a devolver dichos rubros con cargo a sus propias utilidades *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (CSJ SL 5205-2020 CSJ SL 5680-2021). En consecuencia, la sentencia será confirmada en este aspecto, pero se adicionará en lo referente a que al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL2877-2020).

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

Conforme a los rubros que se ordena trasladar se protege la sostenibilidad del sistema, dado que los aportes efectuados por el afiliado

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

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

En relación con el llamamiento efectuado por SKANDIA S.A. a MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., basta con precisar que no existe mérito para condenar a la aseguradora, en razón a que el porcentaje de gastos de administración recibido por las AFP debe ser reintegrado con cargo a su propio patrimonio, toda vez que las consecuencias de la falta de información de la AFP, no pueden ser asumidas por la entidad aseguradora, máxime si se tiene en cuenta que el amparo del contrato de seguros se cierne al pago de una suma adicional en el evento que se requiriera financiar una pensión de invalidez o sobrevivencia, situación ajena a la de ineficacia del traslado, objeto de estudio.

Estima la Sala que no hay lugar a absolver a Colpensiones de pagar costas del proceso toda vez que el artículo 365 del Código General del Proceso dispone que se condenará a la parte vencida o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación o revisión que haya propuesto y, en el presente asunto, la administradora resultó

derrotada, pues además de declararse la ineficacia del traslado, se le ordenó, recibir recursos e imputarlos a la historia laboral de la demandante.

Sin costas en este grado jurisdiccional, ni en la instancia ante su no causación.

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR los numerales CUARTO y QUINTO de la sentencia proferida por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 23 de noviembre de 2022, en el sentido de indicar que la condena allí impuesta, al momento de cumplirse esta orden, los conceptos también deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

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

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

CUARTO: Sin COSTAS en la consulta ni en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada

Con aclaración de voto
017 2021 00195 01



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 019 2021 00136 01
DEMANDANTE: BLANCA LUCY CACERES CARO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA
DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS
PORVENIR S.A.

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala decide los recursos de apelación interpuestos por las demandadas AFP Porvenir S.A. y Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 21 de noviembre de 2022. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

La accionante pretendió que se declare la ineficacia o, en subsidio la nulidad, del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) a través de la AFP Porvenir S.A., el 1 de junio de 2005. En consecuencia, se condene a la AFP trasladar los aportes, sus rendimientos y gastos de administración, indexados, a Colpensiones y, a ésta a recibirlos. Asimismo, se condene a las demandadas en costas y lo extra y *ultra petita*.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 21 de enero de 1965; se afilió al Instituto de Seguros Sociales desde el 18 de enero de 1990, cotizando un total de 473.7 semanas. Se trasladó al RAIS a partir del 1 de junio de 2005, mediante formulario de afiliación al fondo de

pensiones Provenir S.A. Aduce que la AFP no le suministró la asesoría necesaria e información suficiente, cierta, transparente, clara y comparativa, para decidir libremente a través de un consentimiento informado, por la opción de traslado de régimen pensional. Según proyección pensional efectuada por Porvenir, se pensionaría con una mesada igual al salario mínimo legal mensual vigente para el año 2021; mientras que en el Régimen de Prima Media, su mesada pensional sería de \$2'135.008 (01expedienteescaneado.PDF, fls. 8 a 18).

Al dar contestación, Colpensiones se opuso a las súplicas de la demanda en su contra. Admitió la data de nacimiento de la demandante, su afiliación al ISS y, las semanas allí cotizadas. Manifestó que los restantes hechos no le constan. Formuló como excepciones de mérito 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, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria y, las demás declarables oficiosamente. Argumentó que la accionante no es beneficiaria del régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993; que está incurso en prohibición legal de retornar a prima media en razón de la edad; no hizo uso del derecho de retracto y; que no se configuró vicio del consentimiento (expediente digital, archivo 03).

La AFP Porvenir se opuso al éxito de las pretensiones. Frente a los hechos manifestó no constarle o no ser ciertos. Propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y, las declarables de oficio. En su defensa expuso que la afiliación de la demandante al fondo de pensiones Porvenir se efectuó de manera informada, libre de presiones o engaños, y voluntaria, siendo su traslado válido, lo que se corrobora con el formulario de afiliación; además la demandante no es beneficiaria del régimen de transición (expediente digital, archivo 02 fls. 1 a 35).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 21 de noviembre de 2022 (expediente digital, archivo 06), resolvió:

PRIMERO: PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado realizado por la señora Blanca Lucy Cáceres Caro, identificada con C.C. No. 51.772.807, del régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por Colpensiones al de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la AFP PORVENIR, con Nit. 800144331-3 efectuado el día 17 de mayo de 2005, conforme a lo expuesto precedentemente.

SEGUNDO: DECLARAR válidamente vinculada a la demandante, señora Blanca Lucy Cáceres Caro, identificada con C.C. No. 51.772.807, al régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado hoy por Colpensiones, desde el 18 de enero de 1990 hasta la actualidad, como si nunca se hubiese trasladado y por lo mismo, siempre ha permanecido en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo expuesto precedentemente.

TERCERO: CONDENAR a la demandada AFP PORVENIR con Nit. 800144331-3 a devolver a la Administradora Colombiana De Pensiones-Colpensiones, todos los valores que hubiese recibido con motivo de la afiliación de la señora Blanca Lucy Cáceres Caro, como cotizaciones, aportes adicionales, prima de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, como el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión mínima, junto con los rendimientos financieros causados, incluidos los intereses y las comisiones y sin descontar los gastos de administración con destino a la administradora colombiana de pensiones Colpensiones, de conformidad con expreso en la parte motiva de esta providencia; sumas debidamente ingresadas y, Colpensiones está la obligación de recibir dichas sumas y aceptar el traslado.

CUARTO: Al momento de cumplir esta orden de los conceptos, deberán discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen. Por lo tanto, se requiere a Colpensiones para que proceda a actualizar la historia laboral de la parte aquí demandante.

QUINTO: ABSOLVER de las demás pretensiones invocadas, por las razones ya expuestas.

SEXTO: Sin costas en esta instancia.

SEPTIMO: Si no es apelada la presente decisión, se ordena remitir el expediente al honorable Tribunal Superior de Bogotá Sala laboral para que realice el grado jurisdiccional de consulta, pues la decisión es adversa a los intereses de Colpensiones aquí expuestos.

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP no demostró por ningún medio probatorio, haber cumplido con su deber de información a la demandante, acerca de las características, condiciones, accesos, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado, carga probatoria que le incumbía, sin

que el formulario de afiliación de cuenta de ello; por lo que concluyó viable declarar la ineficacia de ese traslado.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes, las demandadas apelaron lo resuelto.

La AFP Porvenir S.A. reprocha que la condena impuesta relativa al pago de sumas ordenadas devolver de manera indexada, pues resulta improcedente toda vez que es incompatible con los rendimientos financieros que también se ordenan devolver, teniendo en cuenta que se está condenando dos veces por el mismo rubro; ya que los recursos de la cuenta de la parte demandante no se han visto afectados por la inflación y por el contrario, han generado rendimientos financieros que inclusive están por encima de los mínimos establecidos por la Ley.

Por su parte, Colpensiones, arguye que debe tenerse en cuenta la inexistencia a un vicio del consentimiento en el contrato de afiliación suscrito en el régimen de ahorro individual y la actora; aunado a que ésta no se encuentra en régimen de transición. Aduce que el deber de información de la AFP para la época del traslado se demostraba con el formulario de afiliación. Con el traslado de la demandante al RPM se genera una descapitalización al sistema pensional, lo que pone en riesgo la garantía del derecho a la pensión de los demás cotizantes. Subsidiariamente, solicita se confirme la devolución de la totalidad de las sumas obrantes en la cuenta de ahorro individual.

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

V. CONSIDERACIONES

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

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

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

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

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

La Sala de Casación Laboral, en proveído CSJ SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia CSJ SL 1688-2019, la sanción impuesta por el

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

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

Igualmente, señaló el máximo Órgano de cierre de esta jurisdicción que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición, o si tiene o no una expectativa legítima, dado que en todos los casos debe cumplirse con el deber de orientación como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ STL3202-2020, CSJ STL3201-2020, CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021. Útil es

recordar que en sentencia CSJ SL 689-2019, se indicó que tratándose de asuntos como el que ocupa la atención de la Sala, se invierte la carga de la prueba, y debe entonces la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional.

VI. CASO CONCRETO

No fue objeto de reproche que la actora estuvo afiliada y cotizó al ISS desde el 18 de enero de 1990. Migró al RAIS a través de la AFP Porvenir S.A., mediante formulario de afiliación, el 17 de mayo de 2005, (expediente digital, archivo 02 fls. 82 y 84).

Al absolver interrogatorio de parte la demandante señaló que estaba afiliada a Colpensiones, que en el 2005 pasó de la cooperativa directamente a la empresa y les trajeron a los asesores de los fondos privados para que se pasaran y allí se pasó al Porvenir. para ese 17 de mayo del año 2005, cuando usted se encuentra trabajando para la agrupación la pradera de Poto, fue una reunión colectiva, de más o menos una hora, hacían énfasis en que quedaría mejor pensionada por Porvenir, porque Colpensiones no les convenía. No se le explicó que abrirían una cuenta de ahorro individual a su nombre, ni sobre rentabilidad, pensión anticipada, aportes voluntarios, bono pensional. No leyó el formulario, porque se los leyeron masivamente. Le dijeron que sus beneficiarios estarían mejor cubiertos. Entendía que Porvenir le estaba haciendo unos cobros por la administración de su dinero y por unos seguros que debía cubrir en caso de su invalidez, vejez o muerte. No le hicieron reasesoría. Trató de regresar a Colpensiones pero no pudo. El formulario de afiliación lo diligenció el asesor de Porvenir, con los datos que ella le daba.

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

comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiera al afiliado conocer los efectos del traslado, acorde a su situación personal.

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

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

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

Por tanto, la AFP Porvenir S.A. administradora a la cual se encuentra actualmente afiliada la demandante, deberá entregar a Colpensiones el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos, bonos pensionales y porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, a que haya lugar, los valores utilizados en seguros previsionales, con cargo a sus propias utilidades (CSJ SJ SL2209-2021, CSJ SL2207-2021 y CSJ SL5686-2021), así como los gastos de administración y las comisiones (CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020, CSJ SL373-2021, CSJ SL5686-2021). Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán

discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL2877-2020). Por tanto, la sentencia será confirmada en esta parte.

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

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

Sin costas en este grado jurisdiccional, ni en la instancia ante su no causación.

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE

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

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

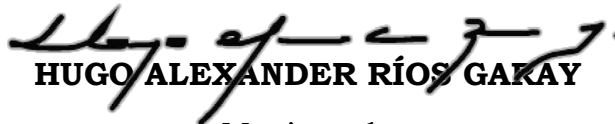
TERCERO: Sin COSTAS en la consulta ni en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



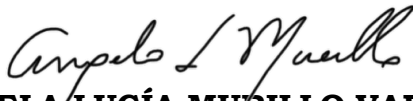
CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada

Con aclaración de voto



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 019 2021 00338 01
DEMANDANTE: CLAUDIA CECILIA BAUTISTA MUNAR
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA
DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS
PROTECCIÓN S.A.

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la demandada Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 21 de octubre de 2022. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

La accionante pretendió que se declare la nulidad de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) a través de la AFP Colmena, hoy Protección S.A., en agosto de 1994. En consecuencia, se condene a la AFP a retornar cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con sus frutos e intereses y, rendimientos, a Colpensiones y, a ésta a recibirla, sin solución de continuidad. Asimismo, se condene a las demandadas en costas y lo extra y ultra *petita*.

En respaldo de sus pretensiones, narró que estuvo afiliada al Instituto de Seguros Sociales desde el 11 de marzo de 1985 hasta el 31 de agosto de 1994, cotizando un total de 447.29 semanas; fecha para la cual se trasladó al RAIS a través de la AFP Colmena, hoy Protección. Aduce que

la AFP le aseguró que el seguro Social se acabaría, perdiendo lo cotizado hasta el momento; que tendría mayores rendimientos y podría pensionarse en el momento que quisiera. No le informó sobre el derecho de retracto. Indica que ha cotizado 1818.72 semanas a abril de 2021. Solicitó a las demandadas la nulidad de su traslado, obteniendo respuesta negativa. Según proyección pensional efectuada por Protección, su mesada a los 57 años sería de \$1'074.403, mientras que en Colpensiones sería de \$2'215.117 (03ExpedienteEscaneado.PDF, fls. 7 a 26).

Al dar contestación, Colpensiones se opuso a las súplicas de la demanda en su contra. Admitió la afiliación de la demandante al ISS, las semanas allí cotizadas, la petición de nulidad de traslado y, la respuesta negativa. Manifestó que los restantes hechos no le constan. Formuló como excepciones de mérito 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, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y, las demás declarables oficiosamente. Argumentó que la accionante no es beneficiaria del régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993; que está incurso en prohibición legal de retornar a prima media en razón de la edad; no hizo uso del derecho de retracto y; que no se configuró vicio del consentimiento (expediente digital, archivo 04, fls. 1 a 36).

La AFP Protección se opuso al éxito de las pretensiones. Frente a los hechos aceptó la totalidad de semanas cotizadas por la actora, la petición de nulidad, su respuesta y la proyección pensional. Manifestó no constarle o no ser ciertos los demás. Propuso las excepciones de mérito, formuló 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 de seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de

la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y, las declarables de oficio. En su defensa expuso que la afiliación de la demandante al fondo de pensiones Protección se efectuó de manera libre y voluntaria, completamente libre de vicios del consentimiento, lo que se corrobora con el formulario de afiliación, brindando una asesoría completa y comprensible, conforme a la normatividad de la época, siendo su traslado válido; sin ejercer su derecho de retracto, ni regresar al RPM en oportunidad (expediente digital, archivo 05 fls. 1 a 23).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 21 de octubre de 2022 (expediente digital, archivo 12), resolvió:

PRIMERO: PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado realizado por la señora CLAUDIA CECILIA BAUTISTA MUNAR, identificada con C.C. No. 510820.090, del régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por Colpensiones al de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la AFP PROTECCIÓN, con Nit. 80013888-13 efectuado el día 22 de agosto de 1994, conforme a lo expuesto precedentemente.

SEGUNDO: DECLARAR válidamente vinculada a la demandante, al régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado hoy por Colpensiones, desde el 11 de marzo de 1985 hasta la actualidad, como si nunca se hubiese trasladado y siempre ha permanecido en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo expuesto precedentemente.

TERCERO: CONDENAR a la demandada AFP PROTECCIÓN con Nit. 80013888-1 a devolver a la Administradora Colombiana De Pensiones-Colpensiones, todos los valores que hubiese recibido con motivo de la afiliación de la señora CLAUDIA CECILIA BAUTISTA MUNAR, como cotizaciones, aportes adicionales o voluntarios, prima de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, como el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión mínima, junto con los rendimientos financieros causados, incluidos los intereses y las comisiones y sin descontar los gastos de administración con destino a la administradora colombiana de pensiones Colpensiones, de conformidad con expreso en la parte motiva de esta providencia; sumas debidamente indexadas y, Colpensiones está la obligación de recibir dichas sumas y aceptar el traslado.

CUARTO: Al momento de cumplir esta orden de los conceptos, deberán discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen. Por lo tanto, se requiere a Colpensiones para que proceda a actualizar la historia laboral de la parte aquí demandante.

QUINTO: ABSOLVER de las demás pretensiones invocadas, por las razones ya expuestas.

SEXTO: Sin costas en esta instancia.

SEPTIMO: Si no es apelada la presente decisión, se ordena remitir el expediente al honorable Tribunal Superior de Bogotá Sala laboral para que realice el grado

jurisdiccional de consulta, pues la decisión es adversa a los intereses de Colpensiones aquí expuestos.

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP no demostró por ningún medio probatorio, haber cumplido con su deber de información a la demandante, acerca de las características, condiciones, accesos, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado, carga probatoria que le incumbía, sin que el formulario de afiliación de cuenta de ello; por lo que concluyó viable declarar la ineficacia de ese traslado.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme, Colpensiones arguye que debe tenerse en cuenta la inexistencia a un vicio del consentimiento en el contrato de afiliación suscrito en el régimen de ahorro individual y la actora; aunado a que ésta no se encuentra en régimen de transición. Aduce que el deber de información de la AFP para la época del traslado se demostraba con el formulario de afiliación. Con el traslado de la demandante al RPM se genera una descapitalización al sistema pensional, lo que pone en riesgo la garantía del derecho a la pensión de los demás cotizantes. Subsidiariamente, solicita se confirme la devolución de la totalidad de las sumas obrantes en la cuenta de ahorro individual.

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

V. CONSIDERACIONES

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

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

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

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

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

La Sala de Casación Laboral, en proveído CSJ SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia CSJ SL 1688-2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde aquella institución. De otra parte, en las decisiones CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL19447-2017 y CSJ SL1421-2019, la

misma Corporación indicó que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringe *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* la que no se configura con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues se requiere contar con elementos de juicio suficientes para entender las consecuencias de la decisión. Además, que la firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020, STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021; CSJ SL 150-2022).

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

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

VI. CASO CONCRETO

No fue objeto de reproche que la actora estuvo afiliada y cotizó al ISS desde el 11 de marzo de 1985 al 31 de agosto de 1994 (expediente digital, archivo 04, fl. 37); fecha a partir de la cual, migró al RAIS a través de la AFP Colmena, hoy Protección S.A., mediante formulario de afiliación, del 22 de agosto de 1994, (expediente digital, archivo 05 fls. 50 y 51).

Al absolver interrogatorio de parte la demandante señaló que empezó a trabajar en el año 1985, cotizando al seguro social. En el año 1994, estaba trabajando con el Banco Caja Social y, como pertenecía al Grupo Fundación Social, la empresa decidió trasladarlos a Colmena pensiones y cesantías; les hicieron reuniones grupales, les dieron la información y accedieron al traslado. En esa oportunidad les dijeron que el seguro social tendía a desaparecer y por eso se hacían los traslados para esa entidad que era del grupo empresarial. En el momento de firmar el formulario, no había asesor. Les hicieron reuniones grupales y luego cada uno firmó el formulario. La información fue general, no era muy claro, creería que le explicaron características y diferencias de los regímenes, pero no fue de manera clara. Había personas que prestaban asesoría, pero con ella no lo hicieron. Su motivación para retornar a Colpensiones es por el valor de su mesada pensional, que sería muy superior a la que tendría en el RAIS, a diferencia de lo que le informaron antes de cumplir 47 años de edad, cuando además tampoco le dieron información clara para el retorno al RPM.

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

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

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

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

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

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

que los justifiquen (CSJ SL2877-2020). Por tanto, la sentencia será confirmada en esta parte.

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

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

Sin costas en este grado jurisdiccional, ni en la instancia ante su no causación.

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE

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

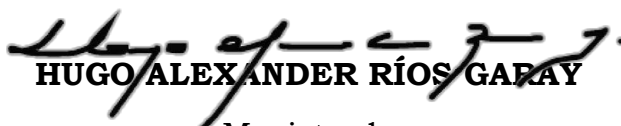
previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensión.

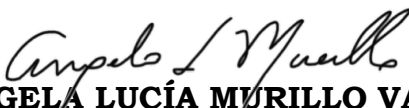
SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia del *a quo*.

TERCERO: Sin COSTAS en la consulta ni en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada
Con aclaración de voto



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 020 2021 00176 01
DEMANDANTE: LUZ CELY SANABRIA DIAZ
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. PENSIONES Y
CESANTÍAS Y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE
PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala decide los recursos de apelación interpuestos por las demandadas Porvenir S.A. y Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 14 de febrero de 2022. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

La accionante pretendió que se declare la nulidad o ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado a través de la AFP Porvenir y posteriormente a Colfondos S.A. En consecuencia, se ordené a esta AFP a trasladar la totalidad de los dineros obrantes en la cuenta individual de la actora con sus respectivos rendimientos a Colpensiones y, a ésta última, a aceptarlos y recibirla como afiliada sin solución de continuidad.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 17 de agosto de 1963; se vinculó al régimen de prima media con prestación definida desde el 1 de agosto de 1995 hasta diciembre de 1999, cotizando un total de

192.86 semanas. El 21 de marzo de 2000 se trasladó a la AFP Porvenir y en julio de 2001 a Colfondos; contando con un total de 1314.71 semanas al 21 de junio de 2019. Aduce que al momento del traslado, el asesor de la AFP le informó que el régimen al cual ella estaba afiliada iba a colapsar, que sería liquidado y que de continuar allí podía perder sus aportes, mientras que en la AFP podría recibir su mesada pensional a cualquier edad, obtendría rendimientos que le permitirían obtener una mesada pensional muy superior a la que pudiera obtener en el RPM y, que podría optar por pensionarse o por retirar sus ahorros e invertirlos en lo que quisiera. Manifiesta que ninguna de las AFP la asesoró de manera adecuada al momento del traslado, no le realizaron un estudio pensional, jamás recibió información o asesoría personal, no le realizaron una proyección de su mesada pensional comparada, no le informaron sobre el monto de las cotizaciones ni los aportes voluntarios, o sobre los regímenes pensionales existentes, las diferencias entre uno y otro, las limitaciones y sus beneficios, ni los requisitos necesarios para pensionarse anticipadamente o, sobre la devolución de saldos. Dice que solo le informaron los puntos positivos del RAIS, realizando ofrecimientos no ajustados a la realidad. Manifiesta que a portas de la edad de pensión, solicitó información a Colfondos sobre su situación pensional, donde le informan que su pensión sería de \$859.000 y es allí cuando se da cuenta que todos los beneficios indicados por el asesor no se ajustaban a la realidad. Elevó derecho de petición a los fondos privados, obteniendo respuesta. Aduce que en Colpensiones obtendría una mesada de \$3.760.639. Suscribió formulario de traslado a Colpensiones, el cual fue negado (expediente digital, archivo 01 fls. 1 a 18).

Al dar contestación, Colpensiones se opuso a las súplicas de la demanda en su contra. Admitió la data de nacimiento de la demandante, las cotizaciones al ISS y, el traslado al RAIS. Manifestó que los restantes no le constan. Formuló como excepciones de mérito 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 las demás declarables oficiosamente. Argumentó que la accionante no es beneficiaria del régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993; que está incurso en prohibición legal de retornar a prima media en razón de la edad y; que no se configuró vicio del consentimiento (expediente digitalizado, archivo 05 fls. 3 a 43).

La AFP Porvenir S.A., rechazó el éxito de las pretensiones. Frente a los hechos manifestó no constarle o no ser ciertos. Propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y, la genérica. En su defensa expuso que la afiliación de la demandante al fondo de pensiones Porvenir fue producto de una decisión informada, libre de presiones o engaños, con el cumplimiento de todos los requisitos exigidos por las normas que se hallaban vigentes para la fecha en que se produjo, lo que se corrobora con el formulario de afiliación y, siempre se garantizó el derecho de retracto. La demandante no es beneficiaria del régimen de transición (expediente digital, archivo 04 fls. 3 a 40).

Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías rechazó las peticiones del escrito inaugural. Admitió la fecha de nacimiento del demandante y, manifestó que no son ciertos o no le constan los demás hechos. Formuló las excepciones de buena fe, compensación y pago, y las declarables de oficio. Sostuvo que el traslado se realizó al amparo de la normativa vigente para la época y fue resultado de la voluntad libre y espontánea de la demandante, quien no hizo uso del derecho de retracto, por lo tanto, no existió vicio del consentimiento. Finalmente, la actora no es beneficiaria del régimen de transición (expediente digital, carpeta 07 fls. 4 a 18).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo del 14 de febrero de 2022 (expediente digital, archivo 12), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación o traslado de Régimen pensional de Prima Media con Prestación definida al de Ahorro Individual, efectuado por la señora LUZ CELY SANABRIA DIAZ a la AFP PORVENIR el día 21 de marzo de 2000 y el traslado horizontal a COLFONDOS el 25 de julio de 2001, conforme a lo considerado en los precedentes de esta decisión.

SEGUNDO: DECLARAR como aseguradora de la demandante para los riesgos de invalidez, vejez y muerte a COLPENSIONES.

TERCERO: ORDENAR a COLFONDOS y PORVENIR S.A. de llegar a tener recursos de la demandante, DEVOLVER los aportes girados a su favor por concepto de cotizaciones a pensiones de LUZ CELY SANABRIA DIAZ, junto con los rendimientos financieros causados, con destino a COLPENSIONES y los bonos pensionales si los hubiese a su respectivo emisor.

CUARTO: CONDENAR en costas a COLPENSIONES y a PORVENIR. Tásense por Secretaría incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a 3 SMLMV, pagaderos a cuota parte. Sin costas para la AFP COLFONDOS S.A.

QUINTO: ABSOLVER de las demás pretensiones.

SEXTO: Sea apelada o no la presente decisión, REMÍTASE al Tribunal Superior de Bogotá, para que sea revisada en su integridad a través del grado jurisdiccional de CONSULTA, teniendo en cuenta que fue condenada COLPENSIONES, entidad y régimen general de pensiones del cual es garante la Nación.

Como sustento de su decisión, concluyó que no hay un medio de convicción que demuestre el cumplimiento de la obligación de información de la AFP, de brindar a la afiliada hoy demandante, una información suficiente, clara, comprensible y oportuna sobre las características de los dos regímenes pensionales y las consecuencias reales de abandonar el régimen de prima media; sin que el formulario de afiliación acredite que el consentimiento fuese informado.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes las demandadas Porvenir y Colpensiones recurrieron la decisión.

La AFP Porvenir S.A. arguye que cumplió con la totalidad de las exigencias normativas a su cargo para el año 2000, brindando una capacitación o asesoría a la demandante de manera privada conforme a las normativas para la época del traslado de la actora, cuando no se le exigía documentación adicional al formulario de vinculación, para demostrar la asesoría. Debe tenerse en cuenta los actos de relacionamiento como

intención de permanecer en el régimen de ahorro individual, toda vez que la demandante realizó traslados en manera horizontal dentro del RAIS.

Por su parte, Colpensiones manifestó que no resulta procedente el traslado de la demandante, pues una persona que no ha estado afiliada por más de 21 años al régimen de prima media y pretenda beneficiarse de aportes que no ha realizado, afectando la sostenibilidad financiera del sistema. La demandante no solicitó en término la rescisión del acto jurídico, entendiéndose la ratificación tácita, no resultando viable que pretenda ahora la nulidad o ineficacia de su traslado después de que observó que la pensión no estaría acorde con sus aspiraciones económicas. Se opone a las costas, en virtud del inciso cuarto del artículo 48 de la Constitución, que establece que no se podrá destinar los recursos de Colpensiones para fines diferentes a ella y a fin de evitar la congestión del sistema judicial.

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

V. CONSIDERACIONES

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

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

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

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

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

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

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

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

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

VI. CASO CONCRETO

Se encuentra demostrado en el proceso que la actora estuvo afiliada y cotizó al Instituto de Seguros Sociales desde el 1 de agosto de 1995 al 31

de diciembre de 1999 (expediente digital, archivo 05, fls. 66); migró al RAIS el 21 de marzo de 2000, a través de la AFP Porvenir, mediante la suscripción de formulario de vinculación (expediente digital, archivo 04, fls. 88 y 90); posteriormente, cambió horizontalmente a la AFP Colfondos el 25 de julio de 2001 (expediente digital, archivo 07, fl. 95 y 97).

Al absolver interrogatorio de parte la demandante señaló que se afilió a Porvenir en el año 2000, cuando trabajaba en el DANE y los asesores de distintos fondos iban pasando por los puestos de los trabajadores, y de tanto insistirle, un día aceptó la entrevista del asesor de Porvenir y se trasladó, porque le dijeron que el seguro social se iba a acabar, que sus aportes iban a tener unos rendimientos muy buenos y por ello iba a tener una mejor pensión, que se podría pensionar en cualquier momento y, que si al final no se quería pensionar le podían devolver sus aportes más los rendimientos y ella podría invertirlos en lo que quisiera. No recuerda que le hayan hablado de la cuenta individual. El formulario lo diligenció el asesor y ella verificó que sus datos y los de su esposo e hijos estuvieran bien y firmó, pero no le indicó que sus cotizaciones podían ser heredadas en caso de su fallecimiento. En el año 2001 se trasladó a Colfondos, porque el asesor le dijo que tendría mejores rendimientos. Recibió algunos extractos de esta AFP. Cuando iba a cumplir 55 años se acercó a Colfondos a averiguar sobre su pensión y se enteró que sería de un salario mínimo, pidió que le devolvieran su plata y le dijeron que no se podía y, averiguó en Colpensiones donde le indicaron que su pensión allí podría ser cuatro veces más el valor. En cuanto a la asesoría de Colfondos manifiesta que solamente le dijo que iba a tener una mejor rentabilidad en los rendimientos financieros. Ninguna de las AFP le dio información o diferencias de los dos regímenes pensionales. No buscó devolverse a Colpensiones antes porque tenía en su cabeza que con la AFP tendría mejor pensión. Conoce los requisitos para pensionarse con Colpensiones, pero desconoce los del régimen privado. No recibió asesorías adicionales.

De cara a los medios de prueba mencionados, para esta Sala la AFP Porvenir S.A, incumplió el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, (aplicable en virtud del artículo 145 del Código

Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues no demostró en los términos señalados por la Sala de Casación Laboral, haber brindado a la demandante, al momento de la afiliación, una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiera a la afiliada conocer los efectos del traslado, acorde a su situación personal.

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

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

De otra parte, la teoría de los actos de relacionamiento materializados con la permanencia en el RAIS y las cotizaciones realizadas no aplica en los asuntos de ineficacia de traslado por resultar posteriores al acto jurídico inicial, tampoco la inobservancia de los deberes del afiliado como consumidor financiero. *«Se reitera que el estudio de la acción de ineficacia se centra en el cumplimiento del deber de información en el traslado inicial que realizó la persona afiliada, y este desacato es lo que genera por sí mismo la ineficacia en los términos del artículo 271 de la Ley 100 de 1993.»* (CJS SL 5686-2021).

Por ello, la Sala modificara la decisión de primera instancia, en tanto declaró la ineficacia de la afiliación o del traslado, para declarar únicamente la última, porque este es el acto de vinculación al sistema y las consecuencias jurídicas que se derivan del presente proceso, responden a la falta del deber de información al momento de traslado del

régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad

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

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

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

ineficacia los obliga a devolver dichos rubros con cargo a sus propias utilidades *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (CSJ SL 5205-2020 CSJ SL 5680-2021). En consecuencia, la sentencia será adicionada en este aspecto. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL2877-2020).

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

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

Estima la Sala que no hay lugar a absolver a Colpensiones de pagar costas del proceso toda vez que el artículo 365 del Código General del Proceso dispone que se condenará a la parte vencida o a quien se le

resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación o revisión que haya propuesto y, en el presente asunto, la administradora resultó derrotada, pues además de declararse la ineficacia del traslado, se le ordenó, recibir recursos e imputarlos a la historia laboral de la demandante.

Sin costas en este grado jurisdiccional, ni en la instancia ante su no causación.

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral SEGUNDO de la sentencia proferida por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 14 de febrero de 2022, para en su lugar disponer únicamente la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la demandante, conforme quedo expresado en la parte motiva de esta providencia.

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

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

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

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA/LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada
020 2021 00176 01
con aclaración de voto



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 020 2021 00612 01
DEMANDANTE: OLGA CRISTINA SOLANO MOLINA
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS Y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la demandada Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 22 de febrero de 2023. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

La accionante pretendió que se declare la nulidad de la vinculación al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado a través de la AFP Colfondos el 1 de octubre de 1997. En consecuencia, se ordenó a cada AFP a trasladar los aportes, saldos de su cuenta individual junto con sus rendimientos, frutos e intereses, incluidos los gastos de administración, que le hubieren sido cobrados y el valor pagado por este por seguros previsionales, a Colpensiones y, a ésta última, a registrar y activar su afiliación y a actualizar su historia laboral. Así mismo, se condene a lo ultra extra *petita* y, las costas.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 4 de marzo de 1965; inició su vida laboral el 1 de junio de 1991, cotizando al seguro social hasta el 30 de septiembre de 1997, un total de 322.29 semanas. El

1 de octubre de 1997 se afilió a la AFP Colfondos. Aduce que al momento del traslado, el asesor de la AFP le informó las implicaciones del cambio, la naturaleza del régimen, ni brindó información sobre desventajas, ni escenarios comparativos; que el fondo conocía el número de semanas cotizadas y su promedio salarial, que Protección no le sugirió retornar al RPM, ni le informó sobre las ventajas. Afirma que durante su permanencia en el RAIS nunca ha recibido asesoría profesional completa y comprensible sobre las diferentes alternativas para la elección de su régimen pensional. Solicitó la anulación de la afiliación y su activación en el RPM (expediente digital, archivo 01 fls. 3 a 37).

Al dar contestación, Colpensiones se opuso a las súplicas de la demanda en su contra. Admitió la data de nacimiento de la demandante, las cotizaciones al ISS y, la solicitud de activación de la afiliación. Manifestó que los restantes no le constan. Formuló como excepciones de mérito 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 las demás declarables oficiosamente. Argumentó que la accionante no es beneficiaria del régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993; que está incurso en prohibición legal de retornar a prima media en razón de la edad y; que no se configuró vicio del consentimiento (expediente digital, archivo 06 fls. 4 a 43).

La AFP Protección S.A., rechazó el éxito de las pretensiones. Frente a los hechos aceptó la data de nacimiento de la actora y las solicitudes de anulación y activación de la afiliación. Frente a los demás manifestó no constarle o no ser ciertos. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de

causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y, la genérica. En su defensa expuso que la afiliación de la demandante al fondo de pensiones Protección fue producto de una decisión informada, libre de presiones o engaños, con el cumplimiento de todos los requisitos exigidos por las normas que se hallaban vigentes para la fecha en que se produjo, lo que se corrobora con el formulario de afiliación y, siempre se garantizó el derecho de retracto. La demandante no es beneficiaria del régimen de transición (expediente digital, archivo 05 fls. 5 a 29).

Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías rechazó las peticiones del escrito inaugural. Admitió la fecha de nacimiento del demandante y, manifestó que no son ciertos o no le constan los demás hechos. Formuló las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación 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. Sostuvo que el traslado se realizó al amparo de la normativa vigente para la época y fue resultado de la voluntad libre y espontánea de la demandante, quien no hizo uso del derecho de retracto, por lo tanto, no existió vicio del consentimiento. Finalmente, la actora no es beneficiaria del régimen de transición (expediente digital, carpeta 04 fls. 4 a 22).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo del 22 de febrero de 2023 (expediente digital, archivo 9), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación o traslado de Régimen de pensiones de Prima Media al de Ahorro Individual, efectuado por la señora OLGA CRISTINA SOLANO MOLINA a COLFONDOS el día 14 de agosto de 1997 y consecuentemente el traslado horizontal a PROTECCIÓN el 21 de septiembre de 2020, conforme a lo considerado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: DECLARAR como aseguradora de la demandante OLGA CRISTINA SOLANO MOLINA para los riesgos de invalidez, vejez y muerte a COLPENSIONES.

TERCERO: ORDENAR a PROTECCIÓN DEVOLVER los aportes girados a su favor por concepto de cotizaciones obligatorios a pensiones de OLGA CRISTINA SOLANO MOLINA, 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 COLFONDOS, COLPENSIONES y a PROTECCIÓN. Tásense por Secretaría incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a 3 SMLMV, pagaderos a cuota parte.

SEXTO: Sea o no apelada la presente decisión, REMÍTASE al Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral, para que sea revisada en su integridad a través del grado jurisdiccional de CONSULTA, atendiendo que fue condenada COLPENSIONES, entidad y régimen general de pensiones del cual es garante la Nación.

Como sustento de su decisión, concluyó que no hay un medio de convicción que demuestre el cumplimiento de la obligación de información de la AFP, de brindar a la afiliada hoy demandante, una información suficiente, clara, comprensible y oportuna sobre las características de los dos regímenes pensionales y las consecuencias reales de abandonar el régimen de prima media; sin que el formulario de afiliación acredite que el consentimiento fuese informado.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la demandada Colpensiones manifestó que no existe prueba que permita acreditar la existencia de algún vicio del consentimiento en el momento del traslado; debiendo tenerse en cuenta que la carga de la prueba estaba en cabeza de la demandante, y que los fondos privados solo debían acreditar su deber de información con el formulario de vinculación, conforme a la normatividad vigente para la época. Contrario a demostrar su interés en retornar al RPM, ratifica la intención de mantenerse en el RAIS, al hacer el traslado horizontal, aunado a que no es beneficiaria del régimen de transición. Asimismo, resalta que no se condenó a los fondos privados a devolver los gastos de administración, afectando la sostenibilidad financiera del sistema. Se opone a las costas, toda vez que Colpensiones no tuvo injerencia alguna en el acto jurídico del traslado.

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

V. CONSIDERACIONES

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

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

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

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

De la misma manera, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 previó que *“los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y*

oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.”

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

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

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

VI. CASO CONCRETO

Se encuentra demostrado en el proceso que la actora estuvo afiliada y cotizó al Instituto de Seguros Sociales desde el 1 de junio de 1991 (expediente digital, archivo 06, fls. 44 a 46); migró al RAIS el 14 de agosto de 1997, a través de la AFP Colfondos, mediante la suscripción de formulario de vinculación y, posteriormente, cambió horizontalmente a la AFP Protección el 21 de septiembre de 2000 (expediente digital, archivo 05, fls. 84 y 86).

Al absolver interrogatorio de parte la demandante señaló que se trasladó a Colfondos porque llegó a su oficina una asesora comercial en 1997, fue una reunión individual que versó en la situación de quiebra e insolvencia del seguro social y la sensibilizó frente a la necesidad de afiliarse a un fondo privado de pensiones si no quería perder sus aportes y quedarse sin pensión; no se le informó sobre la devolución de aportes, requisitos para pensionarse, modalidades de pensión, cuenta de ahorro individual, cómo se financiaría su pensión, qué ocurriría con sus aportes en caso de fallecimiento, lo que ocurriría con los aportes hechos hasta el momento, bono pensional, sobre derecho de retracto, ni que podría regresar al RPM. Cuando aceptó el traslado, la asesora le pidió sus datos, le pasó el formulario y ella simplemente lo firmó, no lo leyó; ahora considera que no firmó de manera libre y voluntaria, porque lo hizo bajo el

temor de perder sus aportes. Su motivación para demandar es porque la decisión de trasladarse la tomó por una información errada y falta de asesoría respecto de la explicación real del cambio, por miedo de quedarse sin pensión. Posteriormente, su traslado a Protección obedeció a que una persona que trabajaba con este fondo le ofreció mejor servicio al cliente y le propuso que se pasara a esta AFP, por lo que se pasó por esa simpatía con la asesora, además le dijo que estaba respaldado financieramente por Bancolombia; no hubo ninguna asesoría en esta ocasión. Nunca se acercó para que le resolvieran dudas al fondo, ni a Colpensiones a indagar como será allí su pensión. Los extractos le empezaron a llegar a partir de la pandemia. No ha solicitado su pensión, ni se ha trasladado a otra AFP.

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

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

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

De otra parte, la teoría de los actos de relacionamiento materializados con la permanencia en el RAIS y las cotizaciones realizadas

no aplica en los asuntos de ineficacia de traslado por resultar posteriores al acto jurídico inicial, tampoco la inobservancia de los deberes del afiliado como consumidor financiero. *«Se reitera que el estudio de la acción de ineficacia se centra en el cumplimiento del deber de información en el traslado inicial que realizó la persona afiliada, y este desacato es lo que genera por sí mismo la ineficacia en los términos del artículo 271 de la Ley 100 de 1993.»* (CJS SL 5686-2021).

Por ello, la Sala modificara la decisión de primera instancia, en tanto declaró la ineficacia de la afiliación o del traslado, para declarar únicamente la última, porque este es el acto de vinculación al sistema y las consecuencias jurídicas que se derivan del presente proceso, responden a la falta del deber de información al momento de traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad

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

Por tanto, la AFP Protección S.A. administradora a la que se encuentra actualmente afiliada la accionante deberá devolver a Colpensiones el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con los rendimientos, bonos pensionales y porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, a que haya lugar, los valores utilizados en seguros previsionales, con cargo a sus propias utilidades (CSJ SJ SL2209-2021, CSJ SL2207-2021 y CSJ SL5686-2021), así como los gastos de administración y las comisiones (CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020, CSJ SL373-

2021, CSJ SL5686-2021). Por tanto, la sentencia se modificada en esta parte. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL2877-2020).

Cumple agregar que no es posible eximir de responsabilidad a la AFP Colfondos S.A. de trasladar a Colpensiones las sumas de dinero descontadas por concepto de gastos y cuotas de administración, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales mientras la demandante estuvo vinculada a este fondo, dado que la declaración de ineficacia los obliga a devolver dichos rubros con cargo a sus propias utilidades *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (CSJ SL 5205-2020 CSJ SL 5680-2021). En consecuencia, la sentencia será adicionada en este aspecto. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL2877-2020).

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

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

Estima la Sala que no hay lugar a absolver a Colpensiones de pagar costas del proceso toda vez que el artículo 365 del Código General del Proceso dispone que se condenará a la parte vencida o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación o revisión que haya propuesto y, en el presente asunto, la administradora resultó derrotada, pues además de declararse la ineficacia del traslado, se le ordenó, recibir recursos e imputarlos a la historia laboral de la demandante.

Sin costas en este grado jurisdiccional, ni en la instancia ante su no causación.

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral **PRIMERO** de la sentencia proferida por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 22 de febrero de 2023, para en su lugar disponer únicamente la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la demandante, conforme quedo expresado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral **TERCERO** de la sentencia que quedará del siguiente tenor: **CONDENAR** a Protección S.A. a trasladar a

Colpensiones debidamente actualizado el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con los rendimientos, los bonos pensionales a que haya lugar; así como los gastos de administración, comisiones, porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima a que haya lugar; con cargo a sus propias utilidades. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

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

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

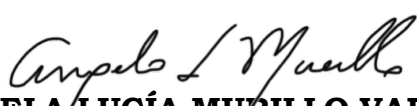
QUINTO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia del *a quo*.

SEXTO: Sin **COSTAS** en la consulta ni en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada
Con aclaración de voto
020 2021 00612 01



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 020 2022 00299 01
DEMANDANTE: LUIS ALBERTO ROJAS AROCHA
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA
DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTLAS
PORVENIR S.A.

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la demandada Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 1 de marzo de 2023 También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

El accionante pretende que se declare la ineficacia y/o nulidad del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS), a través de Porvenir S.A., por lo que se encuentra legalmente afiliado al régimen de prima media, con prestación definida (RPM), por lo que la pensión de vejez reconocida por Colpensiones es válida y ajustada a derecho. Así mismo, se condene a todo lo extra y ultra *petita*, y las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 1 de mayo de 1955. Se afilió al RPM administrado por el ISS en ese entonces, desde el 16 de julio de 1980 al 31 de enero de 2005. Se trasladó al RAIS a través de la AFP Porvenir S.A. el 1 de febrero de 2005, por una mala y errónea asesoría e información. El 29 de agosto de 2017, solicitó ineficacia y/o nulidad de

la afiliación, aprobado el 4 de diciembre de 2017 y ratificado el 9 de febrero de 2018 y el 29 de noviembre de 2018. Aduce que Porvenir reporto a Colpensiones la relación detallada de los aportes, semanas cotizadas, valor trasladado y la información de la historia laboral; que Colpensiones mediante escrito del 13 de agosto de 2018 le informa la aceptación de su traslado. El 21 de marzo de 2017, solicitó el reconocimiento y pago de su pensión de vejez ante Colpensiones, negada mediante resolución SUB-221001 del 21 de agosto de 2018, por encontrarse revisando el traslado de régimen. El 12 de diciembre de 2018, solicitó nuevamente su prestación, reconocida mediante Resolución SUB-139760 del 31 de mayo de 2019, a partir del 1 de junio de 2019.

El 15 de octubre de 2019 Porvenir le solicitó información respecto al traslado, por no cumplir con el requisito de las 750 semanas al 1 de abril de 1994 y; el 21 de enero de 2020, le informó que procedió a surtir el proceso operativo de activación de su vinculación a Porvenir S.A., pese a encontrarse pensionado por Colpensiones. El 4 de mayo de 2022, Colpensiones le solicita soporte y acreditación de semanas y; mediante comunicación No. BZ2022_6731826-1489954, le indica que el traslado de régimen es motivo de investigación por no reflejar las 750 semanas de cotización al 01 de abril de 1994 (expediente digital, archivo 01 fls. 1 a 11).

Colpensiones se opuso a la prosperidad de las súplicas. Admitió la data de nacimiento del actor, su afiliación al régimen de prima media, el reporte del traslado por parte de Porvenir, la comunicación de aceptación del traslado de régimen, las solicitudes de reconocimiento y pago de la pensión de vejez, su negativa inicial y posterior reconocimiento, el requerimiento de soporte y acreditación de semanas efectuado al actor, la respuesta de éste y, la indicación referente a que su traslado de régimen es motivo de investigación. Manifestó que los demás hechos no le constan. Formuló como excepciones de mérito 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, compensación y las demás declarables oficiosamente. Para enervar las pretensiones, argumentó que el traslado del actor al RPM y su reconocimiento pensional, se realizó de manera errada por considerar que éste era beneficiario del régimen de transición, sin serlo. Asimismo, que el accionante estaba incurso en una prohibición de retornar a prima media en razón a la edad; no hizo uso del derecho de retracto, y en el momento del traslado al RAIS se encontraba bajo una mera expectativa, sin que se configuren vicios del consentimiento (expediente digital, archivo 06 fls. 3 a 43).

La AFP Porvenir S.A., rechazó el éxito de las aspiraciones. Aceptó la solicitud de Porvenir al actor de información respecto del traslado, su respuesta y la información por parte de la AFP respecto de surtir el proceso operativo de activación de su vinculación a esta entidad en enero de 2020. Manifestó que no son ciertos o no le constan demás hechos de la demanda. Propuso las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y, buena fe. En su defensa expuso que la afiliación del demandante al fondo de pensiones se efectuó de forma consciente y espontánea, sin presiones o apremios de ninguna naturaleza y con el cumplimiento de todos los requisitos exigidos por las normas que se hallaban vigentes para la fecha en que se produjo, lo que se corrobora con el formulario de afiliación; que el demandante también tenía el deber de informarse sobre el traslado de régimen y sus consecuencias; que durante su vinculación como afiliado de la AFP no revirtió su decisión, pese a que contaba con la posibilidad (expediente digital, documento 08 fls. 3 a 31).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 1 de marzo de 2023 (expediente digital, documento 10), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación o traslado de Régimen pensional de Prima Media al de Ahorro Individual con Solidaridad, efectuado por el señor LUIS ALBERTO ROJAS AROCHA a la administradora de fondos de pensiones y cesantías Porvenir, realizado el día 27 de diciembre del año 2004 y por tanto declarar plenamente válido y

se ratifica el traslado de retorno llevado a cabo por el señor LUIS ALBERTO ROJAS AROCHA del régimen de ahorro individual administrado por Porvenir al régimen de prima media con prestación definida, a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, conforme a lo considerado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: DECLARAR como aseguradora del demandante para los riesgos de invalidez, vejez y muerte a Colpensiones.

TERCERO: ORDENAR o RATIFICAR a la administradora de fondos de pensiones y cesantías Porvenir, la devolución de los aportes girados a su favor por concepto de cotizaciones a pensiones del afiliado LUIS ALBERTO ROJAS AROCHA, junto con los rendimientos financieros causados, con destino a la administradora colombiana de pensiones Colpensiones y los bonos pensionales si los hubiese.

CUARTO: ORDENAR a Colpensiones, continuar pagando al señor LUIS ALBERTO ROJAS AROCHA, la pensión de vejez, reconocida mediante la Resolución SUB139760 del 31 de mayo de 2019, por estar conforme a lo establecido en la Ley 100 de 1993, en concordancia la Ley 797 de 2003, y encontrarse debidamente afiliado al régimen de prima media con prestación definida.

QUINTO: ABSOLVER a las demandadas Porvenir y Colpensiones de las demás pretensiones incoadas.

SEXTO: CONDENAR en costas a Porvenir y a Colpensiones, y a favor de la parte actora. Tásense por secretaría, incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a 3 SMLMV, pagaderos a cuota parte.

SÉPTIMO: Remitir el Expediente al Honorable Tribunal Superior de Bogotá – Sala Laboral, para efectos que se surta el grado jurisdiccional de Consulta, en el evento de no ser apelada esta decisión, contrario sensu, para que se resuelva la apelación respectiva.

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP no demostró haber brindado al momento de la afiliación información veraz, clara, precisa, comprensible y oportuna de las características, condiciones beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional que le permitiera al actor conocer los efectos de trasladarse teniendo en cuenta sus condiciones particulares. Asimismo, con la declaratoria de ineficacia de la vinculación al RAIS, se retrotraen todos sus efectos como si nunca hubiese existido, razón por la cual la pensión de vejez reconocida al actor por Colpensiones resulta conforme a derecho.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la demandada Colpensiones solicitó revocar la decisión al señalar que el traslado inicial efectuado por el demandante al RAIS se hizo con el lleno de los requisitos legales con el consentimiento del actor, y

con el cumplimiento de las reglas legales exigidas para ese momento por el fondo por parte de la AFP. El traslado que debe ser ineficaz es el que hizo retornando a RPM que fue contrario a derecho, y que se hizo sin el lleno de los requisitos legales induciendo a error a la entidad. De ratificarse la decisión, la declaratoria de ineficacia de traslado debe ser a la ejecutoria de esta sentencia, por lo que la pensión de vejez debería devolver todos los dineros pagados por mesadas pensionales en vigencia de la resolución que le concedió su prestación y que resuelto contraria a derecho.

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

V. CONSIDERACIONES

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

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

El Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen del demandante, previó en el numeral 1 del artículo 97, la obligación de las entidades de seguridad social de suministrar a los usuarios la información necesaria, clara, veraz y objetiva para que se elijan las mejores opciones

del mercado. Así lo aleccionó la Sala de Casación Laboral en la sentencia, CSJ SL1688 de 2019, por citar solo un ejemplo.

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

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

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

Ese deber de información, según las reglas jurisprudenciales descritas, de acuerdo con la época en que se efectúa el traslado, incluye la

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

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

VI. CASO CONCRETO

Según el reporte de semanas cotizadas el actor se afilió al Instituto de Seguros Sociales, el 10 de agosto de 1989 (expediente digital, archivo 06, fls. 44 a 53) y, migró al RAIS a través de la AFP Porvenir S.A., mediante formulario de vinculación, el 27 de diciembre de 2004 (expediente digital, documento 08, fl. 32 y 87).

El 30 de octubre de 2017, el accionante solicitó el traslado nuevamente al régimen de prima media con prestación definida, el cual fue aceptado por las administradoras de pensiones (expediente digital, documento 08, fl. 87). Posteriormente, Colpensiones, mediante Resolución

SUB 139760 del 31 de mayo de 2019, le reconoció la pensión de vejez, en cuantía inicial de \$7'442.057, sobre un ingreso base de liquidación de \$10'218.395, y una tasa de reemplazo del 72.83%, a partir del 1 de junio de 2019 (expediente administrativo, archivo 07, fls. 81 a 87). No obstante, mediante Resolución APSUB 1589 de 14 de junio de 2022, se requiere al actor para que allegue autorización a fin de revocar la resolución de reconocimiento prestacional, bajo el argumento de no cumplir los requisitos necesarios para que su traslado a prima media resulte efectivo (expediente administrativo, archivo 07, fls. 11 a 15).

Al absolver interrogatorio de parte el demandante señaló que su afiliación a Porvenir, ocurrió cuando estaba trabajando con una compañía llamada Indequipos S.A., como director del departamento de servicios técnicos y ejercía sus labores en campo. En diciembre de 2004, se encontraba en Bogotá y era frecuente que los fondos los visitaran en esa época, en una charla que se tuvo con asesores de porvenir, les hablaron de algunos beneficios, eso fue como para el 27 de diciembre. Se encuentra pensionada en la actualidad por parte de Colpensiones. Inicia este proceso porque cuando se afilió a Porvenir tenía 1070 semanas y 50 años de edad, cuando estaba alrededor de los 60 años se acercó al fondo para que le hiciera la simulación de lo que recibiría y se dio cuenta que era falso lo que le habían ofrecido en el momento del traslado. Porvenir se encargó de hacer todo el trámite de desafiliación y pasar a Colpensiones, afirma que él no tuvo que hacer ningún trámite.

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

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

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

Por ello la Sala modificará la decisión de primera instancia, en tanto declaró la ineficacia de la afiliación o el traslado, para declarar únicamente la última, porque este es el acto de vinculación inicial al sistema y las consecuencias jurídicas que se derivan del presente proceso, responden a la falta al deber de información al momento del traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad.

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

Por tanto, la AFP Porvenir S.A. debía devolver a Colpensiones, en el momento del traslado en diciembre de 2017, el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto con los rendimientos, bonos pensionales y porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, a que haya lugar, los valores utilizados en seguros previsionales, con cargo a sus propias utilidades (CSJ SJ SL2209-2021, CSJ SL2207-2021 y CSJ SL5686-2021), así como los gastos de

administración y las comisiones (CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020, CSJ SL373-2021, CSJ SL5686-2021). Por tanto, la sentencia será adicionada en este aparte. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL2877-2020).

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

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

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

No se causan costas en este grado jurisdiccional, ni en la instancia.

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral primero de la sentencia proferida por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 1 de marzo de 2023, en el sentido de declarar únicamente la ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: ADICIONAR el numeral TERCERO de la sentencia de primera instancia, en el sentido de **CONDENAR** a la AFP Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones debidamente actualizado, además del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto con los rendimientos y, los bonos pensionales, también los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima a que haya lugar; los gastos de administración, comisiones, y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

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

CUARTO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia del a quo.

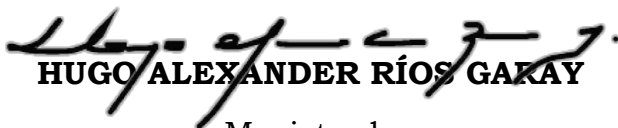
QUINTO: Sin **COSTAS** en la consulta y en la apelación ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada

Con aclaración de voto



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 022 2018 00126 01
DEMANDANTE: ADRIANA SOFIA BORDA PLATA
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. PENSIONES Y
CESANTÍAS Y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE
PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala decide los recursos de apelación interpuestos por las demandadas Colfondos S.A., Porvenir S.A. y Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 23 de abril de 2021. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

La accionante pretendió que se declare la nulidad de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado en septiembre de 1994 a través de la AFP Colfondos y posteriormente a Porvenir S.A. En consecuencia, se ordenó a las AFP demandadas a registrar en su sistema que no efectuó vinculación; a Porvenir S.A. a devolver todas las sumas de dinero que figuren en la cuenta de ahorro individual de la demandante, como bonos aportes, rendimientos, comisiones, etc, a Colpensiones; y a esta última, a actualizar en la historia laboral las cotizaciones efectuadas en el RAIS. Asimismo, se condene a las demandadas a lo ultra y extra *petita* y, al pago de costas y agencias en derecho.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 15 de octubre de 1961; laboró para diferentes empleadores, cotizando al ISS desde el 17 de enero de 1984 hasta el 31 de agosto de 1994, un total de 245.14 semanas. En septiembre de 1994, se vinculó al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de Colfondos y, el 6 de agosto de 1999, a Porvenir S.A. Aduce que ninguna de las AFP le informó al momento de la respectiva afiliación, las implicaciones del traslado, naturaleza propia de ese régimen, ventajas y desventajas, los distintos escenarios comparativos; que conocía sus semanas cotizadas y promedio salarial, pero no le sugirió quedarse en el régimen de prima media, y tampoco recibió asesoría completa durante su permanencia en el RAIS. Solicitó a las demandadas la anulación de su afiliación, obteniendo respuesta negativa por Colpensiones y Porvenir, y sin respuesta por parte de Colfondos (expediente digitalizado, archivo 001 fls. 131 a 179).

Al dar contestación, Colpensiones se opuso a las súplicas de la demanda en su contra. Admitió la data de nacimiento de la demandante, las cotizaciones al ISS, la fecha de traslado al RAIS, la solicitud de nulidad y la respuesta negativa. Manifestó que los restantes no le constan. Formuló como excepciones de mérito las de inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y, las demás declarables oficiosamente. Argumentó que la accionante no es beneficiaria del régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993; que está incurso en prohibición legal de retornar a prima media en razón de la edad y; que no se configuró vicio del consentimiento (expediente digitalizado, archivo 001 fls. 213 a 249).

Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías rechazó las peticiones del escrito inaugural. Admitió la afiliación de la demandante a esta AFP, el conocimiento previo de las semanas y promedio salarial cotizados, la afiliación a Porvenir, y la falta de respuesta a la petición aludida. Manifestó que no son ciertos o no le constan los demás hechos. Formuló las excepciones de validez de la afiliación a Colfondos, buena fe, inexistencia

de vicio del consentimiento por error de derecho, prescripción, y las declarables de oficio. Sostuvo que el traslado fue resultado de la voluntad libre y espontánea de la demandante, lo que se corrobora con el formulario de afiliación, entregando información objetiva sobre el RAIS y su comparación con el RPM, sin que hiciera uso del derecho de retracto, por lo tanto, no existió vicio del consentimiento y; en gracia de discusión, la acción rescisoria estaría prescrita (expediente digitalizado, carpeta 001 fls. 293 a 311).

La AFP Porvenir S.A., rechazó el éxito de las pretensiones. Frente a los hechos manifestó no constarle o no ser ciertos. Propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y, la genérica. En su defensa expuso que la afiliación de la demandante al fondo de pensiones Porvenir se efectuó de forma consciente y espontánea, sin presiones o apremios de ninguna naturaleza y con el cumplimiento de todos los requisitos exigidos por las normas que se hallaban vigentes para la fecha en que se produjo, lo que se corrobora con el formulario de afiliación, sin que hiciera uso del derecho de retracto; que durante su vinculación como afiliada de la AFP no revirtió su decisión, pese a que contaba con la posibilidad y por el contrario, se vinculó a varias administradoras de fondos privados. La demandante no es beneficiaria del régimen de transición (expediente digitalizado, archivo 001 fls. 399 a 432).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo del 23 de abril de 2021 (expediente digital, archivo 005), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado efectuado por el ADRIANA SOFIA BORDA PLATA identificada con la C.C.No. 39.681.453, al régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, acaecido el 03 de agosto de 1994, incluidos los traslados realizados dentro del mismo régimen, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: ORDENAR a PORVENIR S.A, fondo al que se encuentra afiliada la demandante, trasladar a COLPENSIONES los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración, quien está en la obligación de recibirlos y efectuar los ajustes en la historia pensional de la actora, conforme quedaron explicado en esta providencia.

TERCERO: ORDENAR a COLFONDOS Y PORVENIR remita a COLPENSIONES, los dineros que recaudó por concepto de gastos de administración durante el tiempo que perduró la aparente afiliación a esos fondos, conforme quedó explicado precedentemente.

CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas por las demandadas, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: CONDENAR en costas a las demandadas COLFONDOS S.A Y PORVENIR S.A. a la suma de 1 S M LMV a cargo de cada una.

SEXTO: En caso de no ser apelada la presente decisión por parte de Colpensiones CONSÚLTESE, a su favor ante el Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral.

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP Colfondos no acreditó haber brindado la información en forma correcta, explicando las características de cada régimen a la actora, que le permitiera tomar la decisión de trasladarse completamente informada, sin que ello se pueda extraer del formulario de afiliación.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes las demandadas recurrieron la decisión.

Colfondos reprochó la condena impuesta por devolución de gastos de administración, arguyendo que no existe soporte alguno para ello, toda vez que al declararse la ineficacia de la afiliación y retrotraer todo a su estado original, la demandante sin ningún soporte se ha lucrado y ha tenido un enriquecimiento sin causa de los rendimientos que ha recibido en el régimen de ahorro individual y que no hubiese recibido en Colpensiones. Debe tenerse en cuenta que el artículo 1746 del Código Civil establece las consecuencias de las restituciones mutuas, que se entienden cumplidas con la reversión de los aportes y rendimientos, que fueron remitidos a Porvenir en forma total y oportuna con el último traslado realizado por la demandante.

La AFP Porvenir S.A. arguye que para la época del traslado de la actora, no se le exigía información adicional al formulario de vinculación, para demostrar la asesoría. Debe tenerse en cuenta los actos de relacionamiento como intención de permanecer en el régimen de ahorro

individual, toda vez que la demandante suscribió varios formularios dentro del RAIS. Se opuso a la condena por traslados de gastos de administración, toda vez que son una contraprestación al fondo por su excelente gestión general de rendimiento de las cotizaciones, aunado a que no forman parte integral de la pensión de vejez y por ello están sujetos a la prescripción.

Por su parte, Colpensiones manifestó que no resulta procedente el traslado de la demandante, pues en aras del requisito de solidaridad se encuentra dentro de una prohibición legal expresamente señalada en la norma, afectando la sostenibilidad financiera del sistema con el traslado ordenado. Aduce que la falta de información no se puede reputar de la inconformidad de la demandante por el valor de su mesada pensional, sin que ésta haya hecho el más mínimo esfuerzo probatorio en demostrar que a la fecha de su traslado no se le haya dado una información verdadera, clara y precisa sobre los regímenes pensionales, de tal forma que se le están extendiendo consecuencias jurídicas a Colpensiones, por actos desplegados por terceros; debiendo analizarse las consecuencias jurídicas financieras y legales.

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

V. CONSIDERACIONES

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

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

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

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

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

La Sala de Casación Laboral, en proveído CSJ SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia CSJ SL 1688-2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde aquella institución. De otra parte, en las decisiones CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL19447-2017 y CSJ SL1421-2019, la

misma Corporación indicó que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringe *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* la que no se configura con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues se requiere contar con elementos de juicio suficientes para entender las consecuencias de la decisión. Además, que la firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020, STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021; CSJ SL 150-2022).

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

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

con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional.

VI. CASO CONCRETO

Se encuentra demostrado en el proceso que la actora estuvo afiliada y cotizó al Instituto de Seguros Sociales desde el 2 de febrero de 1993 (expediente administrativo, archivo 002 fls. 35 a 37); migró al RAIS el 3 de agosto de 1994, a través de la AFP Colfondos, mediante la suscripción de formulario de vinculación; posteriormente, cambió horizontalmente a la AFP Horizonte (hoy Porvenir) el 6 de agosto de 1999, retornó a Colfondos en 22 de febrero de 2002 y, finalmente de nuevo a Horizonte hoy Porvenir, a partir del 22 de julio de 2003 (expediente digitalizado, archivo 001, fl. 315 y expediente digital, documento 003ContestaciónPorvenir, fls. 72, 73, 114).

Al absolver interrogatorio de parte la demandante señaló que se afilió en forma libre y voluntaria a Colfondos y, así mismo realizó los traslados horizontales a Porvenir; que ha recibido extractos; se acercó a una oficina de Porvenir después del 2011, luego de solicitar su traslado a Colpensiones, para averiguar cómo estaban sus fondos de pensión. Manifiesta que cuando se trasladó en 1994 no recibió información referente a que recibiría rendimientos por los ahorros que efectuara a Colfondos. Manifiesta que decidió trasladarse a Colfondos en el año 1994, básicamente por el tema de la crisis del Seguro Social, decían que se iba a liquidar, lo que veía también en las noticias y, por la incertidumbre sobre los aportes de pensión si se liquidaba, le ofrecieron ventajas en el fondo privado, que le fueron corroboradas cuando se trasladó a Horizonte, aunado a que ésta estaba respaldada por una entidad importante en ese momento, como era el BBVA, le informaron que los aportes nunca se iban a disminuir, que la pensión nunca sería menor a la que se pudiera devengar si se quedaba en el Seguro Social, que los aportes iban a estar seguros, que podía tener la oportunidad de pensionarse antes de la edad que exigía el Seguro Social; todas estas ventajas le dieron tranquilidad de mantener sus aportes en el fondo privado. La afiliación se dio en una

reunión grupal en la empresa donde trabajaba. Manifiesta que el asesor nunca le informó acerca de realizar aportes voluntarios, no tiene conocimiento de los rendimientos de su cuenta individual; no se le explicó que pasaría en caso de que falleciera con los aportes hechos al fondo privado. Los traslados horizontales obedecieron a que le ofrecían una mejor posibilidad de pensión, un mejor monto. Presenta ahora la demanda porque se dio cuenta que el traslado que hizo por primera vez en el año 94, lo hizo sin una correcta asesoría o información, todo el tiempo mientras estuvo afiliada, estuvo convencida y tenía la tranquilidad de que todas las ventajas ofrecidas por los fondos privados le daban la tranquilidad de tener un disfrute de una pensión que le permitiera vivir de manera digna; pero en el 2011 se enteró que no era correcta tal información y que en el fondo privado disfrutaría de una pensión que escasamente superaría el salario mínimo. No demandó antes porque no sabía de esa posibilidad. Su mayor motivación para demandar es por factores económicos respecto a su mesada pensional.

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

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

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

De otra parte, la teoría de los actos de relacionamiento materializados con la permanencia en el RAIS y las cotizaciones realizadas no aplica en los asuntos de ineficacia de traslado por resultar posteriores al acto jurídico inicial, tampoco la inobservancia de los deberes del afiliado como consumidor financiero. *«Se reitera que el estudio de la acción de ineficacia se centra en el cumplimiento del deber de información en el traslado inicial que realizó la persona afiliada, y este desacato es lo que genera por sí mismo la ineficacia en los términos del artículo 271 de la Ley 100 de 1993.»* (CJS SL 5686-2021).

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

Por tanto, la AFP Porvenir S.A. administradora a la que se encuentra actualmente afiliada la accionante deberá devolver a Colpensiones el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con los rendimientos, bonos pensionales y porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, a que haya lugar, los valores utilizados en seguros previsionales, con cargo a sus propias utilidades (CSJ SJ SL2209-2021, CSJ SL2207-2021 y CSJ SL5686-2021),

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

Cumple agregar que no es posible eximir de responsabilidad a la AFP Colfondos S.A. de trasladar a Colpensiones las sumas de dinero descontadas por concepto de gastos y cuotas de administración, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales mientras la demandante estuvo vinculada a este fondo, dado que la declaración de ineficacia los obliga a devolver dichos rubros con cargo a sus propias utilidades *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (CSJ SL 5205-2020 CSJ SL 5680-2021). En consecuencia, la sentencia será modificada en este aspecto. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL2877-2020).

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

Conforme a los rubros que se ordena trasladar se protege la sostenibilidad del sistema, dado que los aportes efectuados por la afiliada durante su vida productiva, con los cuales se edifica el financiamiento de la pensión, según los principios que inspiran el sistema de seguridad

social, retornarán a RPM en su integridad, debidamente indexados, junto con los rendimientos y de ser necesario, con cargo a los recursos propios de cada AFP. De cualquier manera, Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar de asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensión y así se indicará en la parte resolutive de esta providencia.

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

No se causan costas en este grado jurisdiccional, ni en la instancia.

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral SEGUNDO de la sentencia proferida por el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 23 de abril de 2021, que quedará del siguiente tenor: **CONDENAR** a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones debidamente actualizado el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con los rendimientos, los bonos pensionales a que haya lugar; así como los gastos de administración, comisiones, porcentajes destinados a

conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima a que haya lugar; los gastos de administración, comisiones, y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral TERCERO de la sentencia recurrida, que quedará del siguiente tenor: **CONDENAR** a la AFP Colfondos S.A. a trasladar a Colpensiones con cargo a sus propios recursos y debidamente actualizadas todas las sumas descontadas a la demandante por gastos y cuotas de administración, sumas adicionales de la aseguradora, porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales mientras estuvo vinculada a este fondo. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

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

CUARTO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia del *a quo*.

QUINTO: Sin COSTAS en la consulta ni en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada

Con aclaración de voto
022 2018 00126 01



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 022 2020 00342 01
DEMANDANTE: LUZ ZORAYDA VALLEJO JARAMILLO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. PENSIONES Y
CESANTÍAS Y SKANDIA PENSIONES Y CESANTIAS
S.A.

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala decide los recursos de apelación interpuestos por las demandadas Colpensiones y Skandia S.A. contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 20 de febrero de 2023. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

La accionante pretendió que se declare la ineficacia de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado a través de la AFP Colfondos y posteriormente a Skandia. En consecuencia, se ordené a las AFP demandadas a registrar en su sistema como ineficaz la vinculación de la actora; a Skandia S.A. a trasladar la totalidad del capital de la cuenta de ahorro individual de la demandante incluidos los rendimientos, bonos y/o títulos pensionales a los que hubiere lugar, los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, sin aplicar ningún descuento a Colpensiones; y a esta última, a recibirlos y activar su afiliación. Asimismo, se condene a las demandadas a lo ultra y extra *petita* y, al pago de costas y agencias en derecho.

En respaldo de sus pretensiones, narró inició sus aportes a través del ISS desde el 1º de noviembre de 1990. El 5 de agosto de 1994, suscribió formulario de afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de Colfondos y, el 1º de octubre de 2012, a Skandia S.A. Aduce que el asesor comercial del fondo de pensiones no desplegó una actividad de asesoramiento responsable y transparente a fin de brindarle información veraz, oportuna, pertinente y objetiva para prever las consecuencias futuras que le acarrearía el traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual; le aseguró que el ISS estaba pasando por problemas financieros lo que pondría en riesgo sus aportes, que era necesario afiliarse a un fondo privado de pensión; no le explicó diferencias, ventajas y desventajas, consecuencias, características, ni cuáles eran los requisitos para pensionarse, le indicó que podría tener una pensión mayor, pero no le explicó cómo; no le hizo un estudio pormenorizado de sus características propias, ni le informó la posibilidad de retornar al RPM antes de los 46 años de edad. Aduce que su IBL es de \$3.114.608, por lo que su mesada pensional en Colpensiones sería de \$2.078.250, mientras que en el RAIS sería equivalente a un salario mínimo en la modalidad de Garantía de Pensión Mínima. Elevó reclamación a las demandadas, obteniendo respuesta negativa (expediente digitalizado, archivo 01 fls. 2 a 12).

Al dar contestación, Colpensiones se opuso a las súplicas de la demanda en su contra. Admitió las cotizaciones de la accionante al ISS, la solicitud de activación de la afiliación y la respuesta. Manifestó que los restantes no le constan o no son ciertos. Formuló como excepciones de mérito 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 las demás declarables oficiosamente. Argumentó que la accionante no es beneficiaria del régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993; que está incurso en prohibición legal de retornar a prima media en razón de la edad; no hizo uso del derecho de retracto y; se encontraba frente a una

mera expectativa, sin que se configurara vicio del consentimiento (expediente digital, archivo 05 fls. 3 a 46).

Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías rechazó las peticiones del escrito inaugural. Admitió la fecha de afiliación a esta AFP y, la respuesta a las peticiones elevadas. Manifestó que no son ciertos o no le constan los demás hechos. Formuló las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago, y las declarables de oficio. Sostuvo que el traslado fue resultado de la voluntad libre y espontánea de la demandante, lo que se corrobora con el formulario de afiliación, entregando información objetiva sobre el RAIS y su comparación con el RPM, sin que hiciera uso del derecho de retracto, por lo tanto, no existió vicio del consentimiento y; en gracia de discusión, la acción rescisoria estaría prescrita; además no era beneficiaria del régimen de transición (expediente digital, carpeta 17 fls. 4 a 24).

Skandia S.A., al contestar la demanda se opuso al éxito de las aspiraciones en su contra. De los hechos dijo ser cierta la vinculación de la actora a esta AFP y, la petición elevada; respecto a los demás manifiesta no ser ciertos o no constarle. Propuso las excepciones que denominó: Skandia no participó ni intervino en el momento de selección de régimen, la demandante se encuentra inhabilitada para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado, ausencia de configuración de causales de nulidad, inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al RAIS, ausencia de falta al deber de asesoría e información, los supuestos facticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por la demandante, prescripción, imposibilidad de reintegrar gastos de administración, buena fe y las demás declarables de oficio. En su defensa alegó que la demandante no acreditó los fundamentos fácticos para obtener la declaratoria de nulidad de la afiliación; que la elección fue libre y voluntaria y, se materializa con la suscripción del formulario de

afiliación; aduce haber cumplido el deber de información a cargo de los Fondos de Pensiones y, que la demandante se encuentra en la prohibición legal de traslado en atención a la edad, sin que sea beneficiaria del régimen de transición (expediente digital, archivo 13 fls. 5 a 25).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo del 20 de febrero de 2023 (expediente digital, archivo 005), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado efectuado por la señora LUZ ZORAYDA VALLEJO JARAMILLO, al régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, acaecido el 05 de agosto de 1994. En consecuencia, DECLARAR que para todos los efectos legales la afiliada nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y, por tanto, siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.

SEGUNDO: ORDENAR a SKANDIA S.A. fondo en el que se encuentran los aportes de la demandante, a que los traslade a COLPENSIONES, esto es, que traslade el saldo existente en la cuenta de ahorro individual de la actora con sus correspondientes rendimientos, los bonos pensionales, el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima. Así mismo, se le condenará a la devolución de los gastos de administración y el valor de las primas del seguro previsional, debidamente indexados al momento de entrega a COLPENSIONES.

TERCERO: ORDENAR a la AFP COLFONDOS S.A. a remitir a COLPENSIONES, los dineros que recaudó por concepto de gastos de administración durante el tiempo que perduró la aparente afiliación a ese fondo debidamente indexadas, conforme quedó explicado en la parte considerativa de la presente decisión.

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

QUINTO: ORDENAR a COLPENSIONES recibir los dineros provenientes de COLFONDOS S.A. Y SKANDIA S.A. y efectuar los ajustes en la historia pensional de la actora, conforme quedó explicado en esta providencia.

SEXTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas por las demandadas, de conformidad con la parte motiva de la presente decisión.

SEPTIMO: CONDENAR en costas a las demandadas SKANDIA S.A., COLFONDOS S.A y COLPENSIONES. Se fijan como agencias en derecho la suma de 1 SMMVLV a cargo de cada una de ellas y en favor de la demandante.

OCTAVO: CONSÚLTESE, la presente decisión en favor de Colpensiones ante el H. Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral, en los términos del artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Como sustento de su decisión, señaló que en el presente caso quedó probado que la AFP incumplió con el deber de que le impone el artículo 167 del CGP, pues no demostró haber brindado a la demandante en el

preciso momento de la afiliación, una información clara, cierta, comprensible, oportuna, de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional que le permitiera conocer los efectos de trasladarse con atención a su situación personal; resultando evidente que se configuró una violación al deber de información, por lo que deviene la falta de validez del cambio de régimen pensional, el cual tampoco puede entenderse validado por las cotizaciones efectuadas al RAIS o por el cambio de fondo entre administradores.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes las demandadas Colpensiones y Skandia recurrieron la decisión.

Colpensiones manifestó que no resulta procedente el traslado de la demandante, toda vez que la demandante sí tenía conocimiento acerca de las características que rigen o regulan el régimen de ahorro individual con solidaridad, además, suscribió de manera libre y voluntaria el formulario de afiliación. No deben desconocerse los requisitos de validez del acto jurídico, únicamente porque a la demandante le resulta más favorable una mesada pensional en un régimen que en el otro; finalmente recalca que la accionante no es beneficiaria del régimen de transición.

La AFP Skandia S.A. reprocha la condena impuesta por gastos de administración y primas de seguros previsionales de manera indexada, teniendo en cuenta que son emolumentos que corresponden a una correcta y eficiente administración de la cuenta o individual de la parte actora, por lo que no son conceptos con los que cuenta la entidad. En su defecto, debe revocarse a indexación, toda vez que constituiría una doble sanción y un enriquecimiento sin justa causa. Finalmente al ser los gastos de administración emolumentos de orden periódico y no destinado para cubrir la pensión de vejez de la parte demandante, están sujetos a la prescripción.

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

V. CONSIDERACIONES

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

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

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

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

De la misma manera, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 previó que *“los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y*

oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.”

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

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

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

VI. CASO CONCRETO

Se encuentra demostrado en el proceso que la actora estuvo afiliada y cotizó al Instituto de Seguros Sociales desde el 1º de noviembre de 1990 (expediente digital, archivo 05 fls. 67 a 68); migró al RAIS el 5 de agosto de 1994, a través de la AFP Colfondos, mediante la suscripción de formulario de vinculación; posteriormente, cambió horizontalmente a la AFP Skandia el 1º octubre de 2012 (expediente digitalizado, archivo 01, fls. 103 y 104 y expediente digital, documento 13ContestaciónSkandia, fl. 84).

Al absolver interrogatorio de parte la demandante señaló que se afilió al RAIS en el año 94, fue un asesora a la empresa donde trabajaba y la dejaron dictar como unos 10 minutos de una charla; que en ese momento el Seguro Social se iba a acabar y que lo mejor era estar en un fondo, por eso los habían creado, porque le daban rendimientos y la pensión iba a ser mucho mejor, eso fue todo; después, pasó a su escritorio porque era la recepcionista en la empresa y él después pasó a decirle que ya podía firmar y ella firmó. Suscribió de manera libre y voluntaria ese formulario. No le explicaron qué pasaría con sus aportes pensionales en caso de que falleciera. Le dijeron que a su nombre estaría una cuenta de ahorros individual. En ese momento no conocía la figura de aportes a pensiones voluntarias, no hizo estos aportes. No le hicieron proyección pensional, ni le informaron que podría pensionarse de manera anticipada. Quiere

retornar a Colpensiones por el valor de la pensión, que en la AFP le dijeron que era de un mínimo mientras en Colpensiones 2'200.000; cuando se trasladó a Skandia no se trasladó a Colpensiones porque ya tenía 51 años y le dijeron que no podía. No acudió a Colpensiones a obtener información acerca de su futuro profesional. Acepta que recibe extractos. No ha solicitado pensión de vejez a Skandia. Cuando se trasladó a este último fondo llamó y la afiliaron, a donde quiso trasladarse por rendimientos y rentabilidad, le enviaron un asesor y se afilió. Se enteró de la prohibición de trasladarse de régimen en razón de la edad, cuando ya tenía 51 años y quiso trasladarse, pero ya no pudo. No se le indicó qué pasaría con los aportes que había realizado antes al Instituto de los seguros Sociales. No radicó queja porque creyó que estaba bien.

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

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

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

De otra parte, la teoría de los actos de relacionamiento materializados con la permanencia en el RAIS y las cotizaciones realizadas no aplica en los asuntos de ineficacia de traslado por resultar posteriores al acto jurídico inicial, tampoco la inobservancia de los deberes del afiliado como consumidor financiero. *«Se reitera que el estudio de la acción de ineficacia se centra en el cumplimiento del deber de información en el traslado inicial que realizó la persona afiliada, y este desacato es lo que genera por sí mismo la ineficacia en los términos del artículo 271 de la Ley 100 de 1993.»* (CJS SL 5686-2021).

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

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

Cumple agregar que no es posible eximir de responsabilidad a la AFP Colfondos S.A. de trasladar a Colpensiones las sumas de dinero descontadas por concepto de gastos y cuotas de administración, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales mientras la demandante estuvo vinculada a este fondo, dado que la declaración de ineficacia los obliga a devolver dichos rubros con cargo a sus propias utilidades *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (CSJ SL 5205-2020 CSJ SL 5680-2021). En consecuencia, la sentencia será modificada en este aspecto. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL2877-2020).

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

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

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

No se causan costas en este grado jurisdiccional, ni en la instancia.

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el numeral SEGUNDO de la sentencia proferida por el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 20 de febrero de 2023, en el sentido de indicar que al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral TERCERO de la sentencia recurrida, que quedará del siguiente tenor: **CONDENAR** a la AFP Colfondos S.A. a trasladar a Colpensiones con cargo a sus propios recursos y debidamente actualizadas todas las sumas descontadas a la demandante por gastos y cuotas de administración, sumas adicionales de la aseguradora, porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales mientras estuvo vinculada a este fondo. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

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

CUARTO: Sin COSTAS en la consulta ni en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada
Con aclaración de voto



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 024 2020 00313 01
DEMANDANTE: ALBA MIREYA MARTINEZ BUSTAMANTE
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE FONDOS
DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por las demandadas AFP Protección y Colpensiones, contra la sentencia proferida por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 24 de enero de 2022. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

La accionante pretende que se declare la ineficacia de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS), a través de la AFP Colmena, hoy Protección S.A. En consecuencia, se condene a la AFP a trasladarla junto con todos los valores recibidos por concepto de cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, con todos sus frutos, intereses, y rendimientos, a Colpensiones y; a esta última, a recibirla como afiliada sin solución de continuidad. Asimismo, se condene a las demandadas a pagar las costas y lo ultra y extra *petita*.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 8 de octubre de 1964. Cotizó al Instituto de Seguros Sociales desde el 5 de agosto de 1987

hasta el 31 de agosto de 1996. Fue trasladada al RAIS mediante formulario diligenciado el 29 de abril de 1996 a través de la AFP Colmena, hoy Protección S.A. y, a esta última mediante formulario del 25 de junio de 2010. Adujo que el fondo no le brindó una asesoría profesional completa, clara y suficiente, que le permitiera comprender las características, condiciones y riesgos del régimen de ahorro individual, y establecer un comparativo con las condiciones del de prima media; para la fecha del traslado inicial, no habían implementado programas de capacitación para sus promotores y; no fue informada sobre la prohibición de trasladarse de régimen, antes de que cumpliera 47 años de edad. No se encuentra pensionada. Solicitó a las demandadas la anulación de su afiliación, obteniendo respuesta negativa. Así mismo, indica que en dicha respuesta que data del 14 de febrero de 2020, Protección le informó que se pensionaría por vejez con la Garantía Estatal de Pensión Mínima, mientras que con Colpensiones le correspondería una mesada de \$2.404.107; lo que no le fue advertido de manera oportuna (Expediente digital, archivo 01 fls. 3 a 17).

Colpensiones se opuso a la prosperidad de las súplicas. Admitió la data de nacimiento de la actora, las cotizaciones al ISS, el traslado al RAIS, su afiliación actual a Protección S.A., su status de no pensionada, la solicitud elevada a esta administradora y la respuesta negativa. Manifestó que los demás hechos no le constan. Formuló las excepciones de mérito que denominó: la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, 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 y las demás declarables oficiosamente. Argumentó que la accionante está incurso en prohibición legal de retornar a prima media en razón de la edad y, no es beneficiaria del régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993; que todas las actuaciones de Colpensiones deben estar encaminadas

en pro del cumplimiento del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema; que no tenía ningún derecho consolidado o expectativa legítima y en todo caso, que no se configuró vicio del consentimiento (expediente digital, archivo 05 fls. 2 a 32).

La AFP Protección S.A., rechazó el éxito de las aspiraciones. De los hechos dijo ser cierta la fecha de nacimiento de la accionante, el traslado al RAIS a través de Colmena, luego Protección, que actualmente se encuentra afiliada a esta AFP, que no se encuentra pensionada, la solicitud de anulación de la afiliación y, su respuesta. Manifestó que no son ciertos o no le constan los demás. Propuso las excepciones 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 derechos 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 declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y, las declarables de oficio. Sostuvo que la afiliación de la actora se realizó completamente libre de vicios del consentimiento, como se corrobora con el formulario de afiliación mediante el cual la demandante manifestó su voluntad de continuar afiliada al RAIS, brindando una asesoría completa y comprensible conforme a la normatividad de la época y conforme a las exigencias existentes para ese momento; la accionante no hizo uso de la facultad de trasladarse en el término legal, esto es, antes de faltarle menos de 10 años para la edad de pensión y; señaló que la inconformidad con el monto de la pensión no constituye vicio del consentimiento ni causal de ineficacia (expediente digital, documento 04 fls. 3 a 19).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 24 de enero de 2022 (expediente digital, documento 15), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación que hizo la señora Alba Mireya Martínez Bustamante al régimen de ahorro individual a través de la sociedad administradora de fondos de pensiones y cesantías Colmena, hoy administradora de fondos de pensiones y cesantías Protección, el día 29 de abril de 1996, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de la presente decisión.

SEGUNDO: DECLARAR que para todos los efectos legales la señora Alba Mireya Martínez nunca se vinculó al régimen de ahorro individual con solidaridad, contrario a ello siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.

TERCERO: ORDENAR a la sociedad administradora de fondos de pensiones y cesantías Protección, a trasladar a la administradora colombiana de pensiones Colpensiones, todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación que efectuó la señora Alba Mireya Martínez Bustamante, como cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, ello significa que debe trasladarse todo lo que tenga la demandante en su cuenta de Ahorro individual al momento que se haga efectivo el traslado, junto con lo que se haya deducido por parte de la AFP Protección por concepto de gastos de administración, conforme lo dispone la parte motiva de esta decisión.

CUARTO: ORDENAR a la administradora colombiana de pensiones Colpensiones a recibir a la señora Alba Mireya Martínez Bustamante como su afiliada, actualizar y corregir su historia laboral, una vez reciba los dineros que le debe trasladar la sociedad administradora de fondos de pensiones y cesantías Protección.

QUINTO: DECLARAR no probados los hechos sustento de las excepciones propuestas.

SEXTO: Sin condena en costas.

SÉPTIMO: En caso de que la administradora colombiana de pensiones Colpensiones no interponga recurso de apelación contra esta decisión, remítase al Superior para que se surta el grado jurisdiccional de consulta a su favor, por así disponerlo el artículo 69 Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social.

Como sustento de su decisión, señaló que ninguna de las AFP probó que al momento en que la demandante suscribió la vinculación con cada una de ellas, le brindó información suficiente comparada respecto a las características de ambos regímenes pensionales, por lo tanto, no se puede tener por acreditado el cumplimiento en del deber de información.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes, las demandadas apelaron lo resuelto.

La AFP Protección S.A. se opone a la condena por traslado de las comisiones de administración, por ser descuentos autorizados previamente establecidos en la Ley 100 de 1993 en su artículo 20, que se usa para

cubrir los gastos de administración, pagar las primas del seguro previsional y operar ambos regímenes; devolver los dineros de la cuenta de ahorro individual de la parte demandante más los rendimientos financieros generados y, adicionalmente lo descontado por comisiones de administración, constituye un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones por recibir una comisión no destinada a financiar la pensión de vejez de la demandante, pues adicionalmente ya se le están trasladando los rendimientos de la cuenta de ahorro individual, fruto de la buena gestión de administración realizada por Protección, quien tiene derecho a conservar esta comisión como restitución mutua a su favor. Finalmente, manifiesta que opera la prescripción, toda vez que son conceptos que se van causando con periodicidad y que no financian directamente la prestación económica.

Colpensiones solicitó revocar la decisión al señalar que no se acreditó con suficiencia probatoria que la afiliación de la demandante a los fondos privados, estuvieran afectadas de nulidad o de ineficacia, por el contrario, la aceptación voluntaria, libre y sin presión de la demandante de desvincularse del Instituto de los seguros sociales a este régimen privado de pensiones, fue consecuencia de la información que le fue ofrecida y la suscripción del formulario de administración de pensiones obligatorias. En su defecto, dicha circunstancia en el presente proceso ya quedaría saneada con el paso del tiempo, ya que la demandante permaneció aproximadamente más de 15 años en el RAIS. Resalta las obligaciones que se encuentran en cabeza del afiliado, y que se probó la falta de cuidado de la demandante como consumidora financiera. Finalmente, solicitó aplicar la prohibición del artículo 2 de la Ley 797 de 2003, en aras de garantizar el principio de la sostenibilidad financiera.

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

De conformidad con el artículo 69 del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social, al ser la sentencia de primera instancia adversa a Colpensiones entidad de la cual es garante la Nación, también es

procedente abordar su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

V. CONSIDERACIONES

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

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

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

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

De la misma manera, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 previó que *“los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de*

la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.”

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

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

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

VI. CASO CONCRETO

Según el reporte de semanas cotizadas expedido por Colpensiones, la actora se afilió al Instituto de Seguros Sociales el 5 de agosto de 1987 (expediente administrativo, archivo 07 ANEXO CC-51741682HL (2)) y, migró al RAIS a través de la AFP Colmena (hoy Protección), el 29 de abril de 1996 y, posteriormente a Protección, a partir del 25 de junio de 2010, con la suscripción de formulario de afiliación (expediente digital, documento 04, fl. 28, 30 y 35).

Al absolver interrogatorio de parte la demandante señaló que para la época del traslado a Colmena, trabajaba con una empresa, pasaron por sus puestos y les dijeron que por política del empleador debían estar afiliados a esta AFP, les hicieron firmar un formulario y les dijeron que el seguro social se iba a acabar; no les dieron ninguna información adicional, solo les pasaron el formulario. Asumió que si no firmaban corrían el riesgo de que los despidieran, y consideró que era lo correcto hacer lo que el empleador decía. Siente que sí fue coaccionada y presionada para firmar ese formulario. No tuvo oportunidad de hacer preguntas. No recuerda haber leído el formulario, tampoco recibió visita de otros fondos de pensiones, el asesor de Colmena permanecía en la empresa, pero no tenía contacto directo con él. Se afilió a Protección en el año 2010 cuando ya se

encontraba trabajando con Famisanar y una compañera ejecutiva comercial entró a trabajar en Protección y le pidió ayuda para hacer afiliaciones manifestándole que era lo mismo que estar afiliado en Colmena y que el seguro social no era la mejor opción. Nunca tuvo información de cómo funcionaban las condiciones que tenían los fondos privados. No le hablaron de rendimientos, pensión anticipada, ni bono pensional. En todo este tiempo que ha estado afiliada a Protección no ha recibido alguna otra asesoría adicional, solo en el 2018 que fue a preguntar en cuanto se iba a pensionar. Siente que fue engañada en el traslado porque debió haber recibido una información completa. No se acercó a Colpensiones antes de cumplir los 47 años de edad para solicitar asesoría respecto de la posibilidad de retornar al régimen de prima media. No ha hecho aportes voluntarios. Quiere regresar a Colpensiones porque piensa que es más favorable para pensionarse y no le parece justo que se vaya a pensionar con un mínimo.

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

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

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

Por ello la Sala modificará la decisión de primera instancia, en tanto declaró la ineficacia de la afiliación, para declarar en su lugar la del traslado, porque este es el acto de vinculación inicial al sistema y las consecuencias jurídicas que se derivan del presente proceso, responden a la falta al deber de información al momento del traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad.

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

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

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

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

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

Sin costas en este grado jurisdiccional, ni en la instancia, ante su no causación.

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral primero de la sentencia proferida por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 24 de enero de 2022, en el sentido de declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

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

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

CUARTO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia del *a quo*

QUINTO: Sin COSTAS en la consulta ni en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada
Con aclaración de voto