



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 0 18 2020 00373 01
DEMANDANTE: SARA JUDITH ESCOBAR CIFUENTES
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTION PENSIONAL Y CONTRIBUCCIONES PARAFISCALES UGPP Y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

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

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por las demandadas Colpensiones y Porvenir, contra la sentencia proferida por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 29 de marzo de 2023. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

La accionante pretendió que se declare la ineficacia y/o nulidad del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuada a través de la AFP Porvenir S.A. En consecuencia, se condene a la AFP Porvenir S.A. a trasladar la totalidad de los dineros que se encuentren depositados en la cuenta de ahorro individual de la accionante, tales como cotizaciones, bonos pensionales y sumas adicionales, junto con sus respectivos intereses o rendimientos financieros, incluidas las comisiones, gastos de administración, rendimientos financieros y toda suma de dinero que se haya generado durante la afiliación; de igual manera, a pagar las diferencias que llegaren a resultar entre lo ahorrado en el RAIS y su

equivalencia en el RPM a Colpensiones; y a esta última, a realizar las gestiones necesarias con el fin de obtener el pago de las diferencias que llegaren a resultar entre lo ahorrado en el RAIS y su equivalencia en el RPM y, recibirla sin solución de continuidad.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el día 05 de octubre de 1963, inició a cotizar al Seguro Social, hoy Colpensiones; al ser funcionaria de la Rama Judicial empezó a realizar aportes a la antigua Cajanal hoy UGPP hasta que entró en liquidación; fecha en que se le informó que debía trasladarse a un fondo pensional; afirma que se trasladó al fondo privado sin previa asesoría, solo se le dijo que era mejor trasladarse a este fondo y que la mesada pensional sería superior y podría ser otorgada antes de cumplir 57 años. No se le explicó sobre los pros y contras del traslado, el monto de la mesada pensional, la diferencia en el pago de los aportes, las implicaciones y conveniencias al trasladarse; asegura que el asesor le indicó que el seguro social se iba acabar. Solicitó proyección pensional al fondo privado obteniendo que su mesada pensional sería de un SMLMV, devengando durante los últimos 10 años más de esta suma, por lo cual se siente engañada. Elevó petición al fondo privado, obteniendo respuesta negativa (expediente digitalizado, archivo 01, fls. 4 a 13).

Al dar contestación, la UGPP no se opone, ni se allana a las pretensiones porque no tiene vínculo alguno con la demandante, ni participó en el traslado de régimen pensional de la actora; se opone a la condena en costas. Frente a los hechos manifestó que no son ciertos o no le constan. Propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación demandada, buena fe e improcedencia de imposición de costas procesales y las demás declarables oficiosamente. Argumento que por disposición de los artículos 52 de la ley 100 de 1993 y 155 de la ley 1151 de 2011 el régimen solidario de prima media con prestación definida se encuentra administrado por Colpensiones y en caso de pretender el traslado de régimen, dicho trámite deberá ser adelantado con esta entidad y/o la AFP a la que se encuentra afiliada (expediente digital, archivo 09. fls. 3 a 13).

Colpensiones se opuso a las súplicas de la demanda en su contra. Admitió la data de nacimiento de la demandante y manifestó que los restantes hechos no son ciertos. Formuló como excepciones de mérito las que denominó: aplicación del precedente establecido en la sentencia SL 373 del 2021, excepción error 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 el formulario para efectuarla, voluntad que se vio ratificada con los más de 20 años que ha realizado cotizaciones a ese régimen; 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. Aduce que sobre la afiliada también recaía su deber de información (expediente digital, archivo 10 fls. 4 a 26).

Por su parte, 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 y voluntaria, siendo su traslado válido, lo que se corrobora con el formulario de afiliación, permaneciendo en el régimen por 25 años; además la demandante no es beneficiaria del régimen de transición (expediente digital, archivo 13, fls. 3 a 26).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo del 29 de marzo de 2023 (expediente digital, archivo 19), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA de la afiliación de la señora Sara Judith Escobar Cifuentes identificada con C.C. No. 20.677.980, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la Administradora de Fondos de Pensiones Y Cesantías Porvenir S.A., solicitada el día 6 de febrero de 1997 con fecha de efectividad del 1 de abril del mismo año, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva del presente fallo.

SEGUNDO: DECLARAR que para todos los efectos legales que la señora Sara Judith Escobar Cifuentes identificada con C.C. No. 20.677.980, nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y en consecuencia siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.

TERCERO: ORDENAR a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., a trasladar a la Administradora Colombiana De Pensiones – Colpensiones, todos los valores que hubiere recibido por motivo de la afiliación de la señora Sara Judith Escobar Cifuentes identificada con C.C. No. 20.677.980, y devolver los saldos sobrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante junto con sus rendimientos, así como el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de la pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por lo que, al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

CUARTO: ORDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones reactivar la afiliación de la señora Sara Judith Escobar Cifuentes identificada con C.C. No. 20.677.980, y corregir su historia laboral una vez reciba estos dineros de la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.

QUINTO: DECLARAR no probada la excepción de prescripción, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia, el despacho se releva de los demás medios exceptivos propuestos por la parte demandada Colpensiones, AFP Porvenir S.A. y UGPP.

SEXTO: ABSOLVER a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP, de todas y cada de las pretensiones presentadas en su contra por parte de la señora Sara Judith Escobar Cifuentes identificada con C.C. No. 20.677.980, conforme las razones expuestas.

SÉPTIMO: DECLARAR probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, frente a la demandada Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

OCTAVO: COSTAS de esta instancia a cargo de la demandada Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., en favor de la parte demandante en la suma de \$1.500.000., suma que deberá cancelar a favor de la actora. Sin costas a cargo de Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP.

NOVENO: Con la presente providencia procede el recurso de apelación.

Como sustento de su decisión, señaló que el fondo privado no cumplió con la carga de la prueba para acreditar que la afiliación 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, sin que baste diligenciar un formulario, pues lo importante es haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme las demandadas Porvenir y Colpensiones, apelaron lo resuelto.

Colpensiones aduce que no hubo omisión de la información brindada a la accionante, en razón a que durante el tiempo que estuvo vinculada la AFP estuvo dispuesta a brindarle la información correspondiente. Aduce que la carga de la prueba no puede ser aplicada en forma genérica y, que no se puede alegar la ignorancia de la ley como justificación para la decisión que tomó al trasladarse de régimen, en razón a que permaneció en el RAIS por más de 20 años. Por último, también recaía en la demandante, el deber de información sobre las posibles consecuencias del cambio de régimen y sobre la normatividad que rige la Seguridad Social.

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, siendo sumas por la gestión de la administradora. Igualmente se opone a la indexación, por cuanto 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 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 a la afiliada 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 la afiliada es o no beneficiaria 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 al régimen de prima media con prestación definida y cotizó al seguro social, hoy Colpensiones, desde el 05 de diciembre de 1989 y, a Cajanal, del 21 de mayo de 1992 al 28 de febrero de 1997 (expediente digital, archivo 10, fls. 46 y 94); fecha a partir de la cual, migró al RAIS, a través de la AFP Porvenir S.A., mediante suscripción de formulario de vinculación, del 06 de febrero de 1997; posteriormente se trasladó de manera horizontal a la AFP Horizonte, hoy Porvenir, el 24 de noviembre de 1997 (expediente digital, archivo 13, fls. 69, 71 y 72).

Al absolver interrogatorio de parte la demandante señaló se encontraba afiliada a Cajanal, y enviaban personas de la AFP Horizonte para que les dieran asesorías a los empleados. Afirma que simplemente les pedían los datos y que firmarían el formulario, les informaron que el seguro social se iba a acabar y tenían mejores garantías. Asegura que no se le informó que tenía derecho de retracto, no le indicaron la edad de pensión, o sobre la existencia de una cuenta de ahorro individual, ni acerca de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, o gastos de administración; no se le dijo cual era el capital que debía acreditar en la cuenta de ahorro individual, ni sobre cotizaciones voluntarias, bono pensional, modalidades de pensión, entre otros valores. Quiere retornar a Colpensiones porque le brinda mejores ventajas que el fondo privado,

como estabilidad económica y una pensión acorde a lo cotizado en los años de trabajo.

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).

Por ello, la Sala modificara la decisión de primera instancia, en tanto declaró la ineficacia de la afiliación, para declarar la ineficacia de 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 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., 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). La sentencia se confirmará 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

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 Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 29 de marzo de 2023, para en su lugar disponer la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la demandante, conforme quedó expresado en la parte motiva de esta providencia.

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 MUXILLO 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 018 2022 00219 01
DEMANDANTE: JOSE ANTONIO JAIMES IBARRA
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES

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

SENTENCIA

Decide la Sala en grado jurisdiccional de consulta la sentencia proferida por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 27 de abril de 2023.

I. ANTECEDENTES

El accionante promovió proceso ordinario laboral para que se condene a la demandada al reconocimiento del incremento pensional establecido en los artículos 21 y 22 del Decreto 758 de 1990.

En respaldo de sus pretensiones, narró que mediante Resolución SUB 116473 de 30 de abril de 2018, la demandada le reconoció pensión de vejez. Aduce que contrajo matrimonio con Elizabeth Ojeda Rincón, el 27 de noviembre de 1999, el que se encuentra vigente y se ha dado de manera permanente e ininterrumpida; quien depende económicamente del pensionado, cuenta con más de 62 años de edad y, no se encuentra disfrutando de otro derecho pensional, sin un mínimo vital. Mediante comunicación BZ2018_14878344-3606714 de 22 de noviembre de 2018, Colpensiones le manifiesta la improcedencia del incremento pensional solicitado, bajo el argumento de tratarse su pensión, de una prestación

reconocida en fecha posterior al 1º de abril de 1994 (Exp. digital, archivo 01¹, fls.4 a 7).

Colpensiones rechazó las súplicas. Admitió la calidad de pensionado del actor y, el pronunciamiento de la entidad respecto a la improcedencia del incremento pretendido, por las razones argüidas. De los demás hechos dijo que no son ciertos. Formuló las excepciones de prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe, y las declarables de oficio. Para enervar las pretensiones, argumentó que los incrementos pensionales de que trata el Decreto 758 de 1990, dejaron de existir a partir de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, aún en aquellos casos, en que los afiliados acreditaron los requisitos del régimen de transición, toda vez que fue objeto de derogatoria orgánica (expediente digital, carpeta 06², fls. 4 a 14).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 27 de abril de 2023, resolvió absolver a la demandada de todas las pretensiones, declaró probada la excepción de cobro de lo no debido y, condenó en costas al demandante.

En lo fundamental señaló que el derecho a los incrementos pensionales proveniente del artículo 21 del Decreto 758 de 1990, desapareció del ordenamiento jurídico por virtud de su derogación orgánica, aunado a que resultarían incompatibles con el artículo 48 de la Constitución Política, luego de la reforma del Acto Legislativo 01 del 2015.

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.

¹ 01DemandaAnexos

² 06ContestacionDemandaColpensionesExpedienteAdministrativo

IV. CONSIDERACIONES

Se encuentra demostrado que mediante Resolución SUB 116463 de 30 de abril de 2018, la demandada Colpensiones reconoció al actor pensión de vejez en aplicación del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, a partir del 1º de mayo de 2018 (Expediente digital, archivo 06, fls.55 a 62).

Pues bien, en el presente asunto pretende el demandante el incremento adicional a su pensión del 14% por personas a cargo, contemplado en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, por esposa o compañera dependiente.

El precepto en cita, dispone:

ARTÍCULO 21. INCREMENTOS DE LAS PENSIONES DE INVALIDEZ POR RIESGO COMÚN Y VEJEZ. Las pensiones mensuales de invalidez y de vejez se incrementarán así:

- a) En un siete por ciento (7%) sobre la pensión mínima legal, por cada uno de los hijos o hijas menores de 16 años o de dieciocho (18) años si son estudiantes o por cada uno de los hijos inválidos no pensionados de cualquier edad, siempre que dependan económicamente del beneficiario y,
- b) En un catorce por ciento (14%) sobre la pensión mínima legal, por el cónyuge o compañero o compañera del beneficiario que dependa económicamente de éste y no disfrute de una pensión.

Los incrementos mensuales de las pensiones de invalidez y de vejez por estos conceptos, no podrán exceder del cuarenta y dos por ciento (42%) de la pensión mínima legal.

En el asunto de marras, Colpensiones otorgó la pensión de vejez en aplicación de la Ley 797 de 2003 (expediente digital, archivo 06, fls.55 a 62). En estas condiciones, no es posible la concesión de los incrementos solicitados en tanto la pensión del actor no fue reconocida al amparo del Acuerdo 049 de 1990, que es precisamente uno de los presupuestos esenciales para que el derecho se cause.

Así las cosas, como quiera que el Estatuto de Seguridad Social no prevé el beneficio reclamado, el demandante no tiene derecho a su reconocimiento.

Aunado a lo anterior, conviene precisar sobre la vigencia de los incrementos, que el criterio jurisprudencial que acogía la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, estaba encaminado a que los incrementos del 14 y 7% previstos en el artículo 21 del Acuerdo 049/1990 aprobado por el Decreto 758 de ese año, se encontraban vigentes (sentencias del 27 de julio de 2005 radicado 21517; del 5 de diciembre de 2007 radicados 29751, 29531, 29741; SL5147 de 2018; SL1825 de 2019 y SL2955 de 2019); empero, ante un nuevo estudio el máximo Órgano de cierre de esta jurisdicción recogió su postura a partir de la sentencia SL 2061 de 2021 al señalar que la norma que contempla los referidos incrementos fue objeto de derogación orgánica, en virtud de la expedición de la Ley 100 de 1993 y resulta incompatible con el artículo 48 de la Constitución Nacional a, modificado por el Acto Legislativo 01 de 2005, para ello, trajo a colación lo señalado por la H. Corte Constitucional en sentencia SU 140 de 2019, la que en lo pertinente, indicó:

[...]

En efecto, como se ha explicado a lo largo de esta providencia, el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado mediante el Decreto 758 de ese mismo año, dejó de existir con ocasión de la derogatoria tácita que sobre este implicó expedición de la Ley 100 de 1993. Como se señaló bajo el numeral 3 supra, con dicha Ley 100 el Legislador previó una nueva regulación integral de la generalidad del sistema de seguridad social, incluyendo para el caso que ahora ocupa a la Corte, dicho sistema en su dimensión pensional. Tal derogatoria, además de estar respaldada por la doctrina especializada (ver supra 3.2.2.), ha sido respaldada por la propia Corte a través de la línea jurisprudencial que se esbozó bajo el numeral 3.2.3 supra y suficientemente explicada a la luz del particular objeto del régimen de transición que previó el artículo 36 de la mentada Ley 100 (ver supra 3.2.8-3.2.11).

[...]

7. Conclusiones

De lo expuesto en esta providencia se concluye que, salvo que se trate de derechos adquiridos antes de la expedición de la Ley 100 de 1993, el derecho a los incrementos pensionales que previó el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 desapareció del ordenamiento jurídico por virtud de su derogatoria orgánica; todo ello, sin perjuicio de que de todos modos tales incrementos resultarían incompatibles con el artículo 48 de la Carta Política luego de que éste fuera reformado por el Acto legislativo 01 de 2015.

Al amparo de lo expuesto, el derecho reclamado no se causó tampoco, por falta de fundamento normativo, pues al actor le fue reconocida pensión de vejez en aplicación del artículo 9 de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 y, no con el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de 1990 porque el derecho se hubiere configurado directamente en la norma, antes que fuera

derogada tácitamente por la Ley 100 de 1993, por lo que hay lugar a confirmar la decisión de primera instancia.

No se causan costas en el grado jurisdiccional de consulta.

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 27 de abril de 2023 por el Juzgado Dieciocho 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 GABAY

Magistrado

Radicación n.º 110013105 018 2022 00219 01.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada
018 2022 00219 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 2020 00081 01
DEMANDANTE: BETZA MAGALY DIAZ MALDONADO
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 julio de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la demandada Porvenir, contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 26 de abril de 2023. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

La accionante pretendió que se declare la nulidad absoluta del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuada a través de la AFP Porvenir S.A; de igual manera, se declare que estuvo válidamente afiliada al RPM y no se surtieron los efectos legales y jurídicos que implica el traslado del régimen público al privado. En consecuencia, se condene a la AFP Porvenir S.A. trasladar el monto total existente de todo lo ahorrado en la cuenta individual junto con sus rendimientos, intereses y demás frutos, gastos de administración y demás rubros a Colpensiones. Así mismo, se condene a las entidades demandadas a lo ultra y extra *petita* y, las costas y agencias en derecho.

En respaldo de sus pretensiones, narró que cotizó en el Seguro Social, hoy Colpensiones, desde el 26 de diciembre de 1991 hasta el 31 de

diciembre de 1994. Se trasladó al RAIS a través de la AFP Porvenir S.A., a partir de mayo de 2001, sin formación libre del consentimiento. Manifiesta que no se le brindó información completa, clara y fehaciente sobre el traslado de régimen, las consecuencias legales y económicas, condiciones del traslado, los pros y contras, ni se le realizó una proyección de mesada pensional; que solo se le informó que el ISS se iba acabar y por tanto podría perder sus cotizaciones. Elevó petición a Porvenir S.A para que brindara la documentación relativa al traslado, cálculos efectuados, explicaciones brindadas, derecho de retracto, entre otros, sin obtener respuesta de fondo. Finalmente, solicitó la nulidad del traslado a Colpensiones, obteniendo respuesta negativa (expediente digital, archivo 07, fls. 20 a 31).

Al dar contestación, Colpensiones se opuso a las súplicas de la demanda en su contra. Admitió la afiliación al ISS y la petición elevada con su respectiva respuesta. Manifestó que los restantes hechos no le constan. Formuló como excepciones de mérito la prescripción y caducidad, cobro de lo debido, buena fe y presunción de legalidad de los actos administrativos. Argumentó que el traslado de régimen se llevó a cabo de manera libre de conformidad con la normatividad vigente de la época; la accionante no es beneficiaria del régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993 y se encuentra inmersa en la prohibición legal de retornar a prima media en razón de la edad (expediente digital, archivo 12, fls.2 a 6).

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, restituciones mutuas y, las demás declarables de oficio. En su defensa expuso que la afiliación de la demandante al fondo de pensiones Porvenir se efectuó de manera informada, libre y voluntaria, siendo su traslado válido, lo que se corrobora con el formulario de afiliación, permaneciendo en el régimen por 21 años; además la demandante no es beneficiaria del régimen de transición (expediente digital, archivo 22, fls. 2 a 27).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo del 26 de abril de 2023 (expediente digital, archivo 29), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR ineficaz el traslado efectuado por la demandante Betza Magaly Diaz Maldonado 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 los saldos sobrantes en la cuenta de ahorro individual de la actora junto con sus rendimientos financieros causados, así como el porcentaje correspondiente a gastos de administración, primas de seguros provisionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, lo anterior debidamente indexado 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 DOSCIENTOS MIL PESOS (\$1'200.000).

Aunado a lo anterior, el Despacho remitirá las Diligencias a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá para que se surta el Grado Jurisdiccional de Consulta en favor de Colpensiones.

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. se opone a la devolución de los recursos de forma indexada, porque no fue solicitado de forma expresa por la demandante; aduce que no cumple con los requisitos del artículo 50 del Código de Procedimiento Laboral y se han generado rendimientos en la cuenta de ahorro individual de la accionante, compensando la deprecación del poder adquisitivo que pueda llegar a tener cualquier cotización o aporte, por lo cual, no se está desfinanciado el sistema, al estar Colpensiones recibiendo unos rendimientos sobre los cuales no tuvo que hacer ninguna administración.

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 a la afiliada 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 de la afiliada y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación a la afiliada 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 la afiliada es o no beneficiaria 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 26 de diciembre de 1991 hasta el 30 de noviembre de 1999 (12.1ExpedienteAdministrativo¹); posteriormente migró al RAIS, a través de la AFP Porvenir S.A., mediante suscripción de formulario de vinculación, del 15 de marzo de 2001 (expediente digital, archivo 22, fl.37 y 41).

Al absolver interrogatorio de parte la demandante señaló llegó un asesor del fondo privado a su lugar de trabajo informándoles que el ISS se iba acabar. Que firmó el formulario de afiliación, pero no le brindaron ninguna información; le explicaron que las cotizaciones iban a pasar al fondo y se iban a sumar. No le informaron sobre la cuenta de ahorro individual, modalidades de pensión o porqué le solicitaron los datos de sus familiares. No era consciente del cambio de régimen al que se trasladaba, solo tenía entendido que el seguro social se iba acabar y el fondo privado tenía más beneficios. Quiere retornar a Colpensiones porque se enteró hace 3 años que su mesada pensional iba a ser muy baja a lo que le

¹ GRP-SCH-HL-66554443332211_2023-20210702110707.

habían prometido en el fondo privado y, siente que la información que le dieron fue totalmente diferente.

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 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., 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 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).

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.

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 segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 26 de abril 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: 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 CÉCILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada
Con aclaración de voto
026 2020 00081 01



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 027 2021 00200 01
DEMANDANTE: MARBEL CECILIA MOLINA ORDOÑEZ
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 julio 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 Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 30 de mayo 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 Porvenir efectuado en noviembre de 2000, así como que nunca se trasladó al RAIS y siempre permaneció en RPM. En consecuencia, se ordene a Porvenir a realizar la afiliación de la demandante al RPM y el traslado de los aportes cotizados con sus correspondientes rendimientos, debidamente indexados a Colpensiones. Así mismo, se condene a las demandadas a pagar las costas del proceso y, a lo ultra y extra *petita*.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 05 de junio de 1967; inició sus aportes a pensión en el ISS hoy Colpensiones, el 05 de febrero de 1988 hasta el 30 de octubre de 2000; se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP Porvenir S.A. en el mes noviembre de 2000. Afirma que la AFP no le brindó la información

adecuada respecto a los riesgos y desventajas del traslado y la pérdida de beneficios por el cambio de régimen. Por último, elevó petición a las demandadas obteniendo respuesta negativa (exp. digital, archivo 01).

Al dar contestación, Colpensiones se opuso a las súplicas de la demanda en su contra. Admitió la data de nacimiento de la demandante, la afiliación al ISS, el traslado al RAIS y, la respuesta a la solicitud de traslado. 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 y; que no se configuró vicio del consentimiento (exp. digital, archivo 11, fls.1 a 35).

La AFP Porvenir se opuso al éxito de las pretensiones. Admitió la suscripción del formulario de afiliación con esta AFP. Frente a los demás hechos manifestó 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 la demandante también tenía el deber de informarse sobre el traslado de régimen y sus consecuencias; y que durante su vinculación como afiliada de la AFP no revirtió su decisión, pese a que contaba con la posibilidad de hacerlo (expediente digital, archivo 15, fls. 6 a 27).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo del 30 de mayo de 2023 (expediente digital, archivo 19), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de la señora Marbel Cecilia Molina Ordoñez del régimen de prima media con prestación definida administrado por la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones al de ahorro individual con solidaridad administrado por la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. a devolver a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora Marbel Cecilia Molina Ordoñez como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, frutos e intereses generados en su cuenta de ahorro individual, sin descontar valor alguno por cuotas de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión mínima, ni primas de seguros previsionales, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: ORDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones afiliar nuevamente a la señora Marbel Cecilia Molina Ordoñez al Régimen de Prima Media con Prestación Definida y recibir las cotizaciones provenientes de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas por las demandadas Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones y la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., conforme lo dispuesto en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: CONDENAR a la demandada la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. al pago de las costas del proceso en la suma de \$2'000.000 como agencias en derecho.

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP incumplió de manera notoria su deber de proporcionar una información clara y completa a la demandante y, tal omisión influyó en la decisión de trasladarse de régimen y permanecer en él, incumpliendo además su deber de buen consejo de asesoría y vulneró los principios mínimos de transparencia que deben gobernar la movilidad entre regímenes pensionales; lo que conduce a declarar la ineficacia del traslado.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme Colpensiones manifestó que no se demostró el supuesto engaño sufrido por la accionante o la falta al deber de información por parte de la AFP, al momento de la asesoría; por el contrario, como se observa con el formulario de afiliación, la decisión de trasladarse a la AFP fue libre y voluntaria, no hubo vicios del

consentimiento; sin que manifestara nunca su deseo de retractarse y permaneciendo allí afiliada por 22 años, por lo que debe asumir las consecuencias legales de tales decisiones, que no es otra que regirse por las normas, procedimientos y requisitos establecidos para el régimen de ahorro individual con solidaridad.

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 a la afiliada 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 de la afiliada y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación a la afiliada 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 la afiliada es o no beneficiaria 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 05 de febrero de 1988 al 31 de mayo de 1997 (expediente digital, archivo 11. fl.167) y; migró al RAIS, a través de la AFP Colpatria hoy Porvenir S.A., mediante la suscripción de formulario de vinculación del 12 de septiembre de 2000 (expediente digital, archivo 15. fl.28).

Al absolver interrogatorio de parte la demandante señaló que en el año 2000 estuvo trabajando con una empresa de contratación e hicieron un evento en su lugar de trabajo donde la AFP Colpatria por medio de una reunión le informó que debía trasladarse al fondo privado porque era la nueva modalidad de pensión y la favorecía mucho. La actora manifiesta que, al día siguiente de la afiliación, le entregaron el formulario ya

diligenciado para que lo firmara y, que firmó porque se sintió confiada y su jefa le había dicho que era mejor en razón a que el ISS se iba acabar. Aduce que se sintió confiada con la AFP porque le dijeron que iba a tener mejor rentabilidad; que le explicaron que podía hacer aportes voluntarios, que podía heredar su pensión y que los aportes del ISS se iban a pasar al fondo privado, pero no le brindaron más información. Quiere trasladarse a Colpensiones porque se enteró que los fondos privados estaban pagando muy baja la mesada pensional y porque hace cuatro años que se comunicó con el fondo, le avisaron que su mesada iba a ser de un mínimo, y no se siente conforme debido a su calidad de vida y a lo cotizado a lo largo de su vida laboral.

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 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 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 Porvenir S.A., 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 ello, la sentencia será confirmada en este aspecto, 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).

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.

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: ADICIONAR en el numeral segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 30 de mayo de 2023, en el sentido de ordenar a Porvenir 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.

SEGUNDO: 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 MUJILLO VARÓN

Magistrada

Con aclaración de voto
027 2021 00200 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 00325 01
DEMANDANTE: MARIA DORIS GUEVARA AVELLA
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS Y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A.

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de julio 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 24 de abril de 2023. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

La accionante pretendió que se declare la ineficacia y/o nulidad del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, a través de la AFP Colfondos S.A. el 01 de abril de 1999, de igual manera, que la accionante nunca se trasladó de régimen. En consecuencia, se ordenó a la AFP Protección S.A., a trasladar los dineros recaudados por concepto de aportes pensionales junto con sus rendimientos y la información obtenida a través de las planillas de autoliquidación de aportes que constituyen en la historia laboral de ésta a Colpensiones, y a ésta última, se condene a activar la afiliación de la actora, recibir y registrar en la base de datos la información correspondiente a los aportes trasladados. Así mismo, se condene a las demandadas el pago de las costas y agencias en derecho, y a lo ultra y extra *petita*.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 28 de agosto de 1957; se afilió al sistema régimen de prima media a través del ISS el 04 de noviembre de 1974, cotizando 661,00 semanas. En febrero de 1999, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de formulario de afiliación con la AFP Colfondos S.A. Afirma que no le brindaron información suficiente, cierta, transparente, clara y comparativa sobre las diferencias entre los regímenes pensionales, requisitos, modalidades de pensión y desventajas de traslado. Manifiesta que solo se le informó sobre las ventajas del fondo privado. Asegura que se encuentra afiliada actualmente a la AFP Protección S.A. y que solicitó a la entidad que proyectara el valor de su mesada, obteniendo como respuesta que su mesada pensional en el RAIS sería menor a la que podría obtener en el RPM. Por último, la accionante argumenta que de haber obtenido la información debida por Colfondos S.A. no se hubiera cambiado de régimen y estaría disfrutando de su derecho pensional (expediente digital, archivo 01).

Al dar contestación, Colpensiones se opuso a las súplicas de la demanda en su contra. Admitió la data de nacimiento de la demandante, la afiliación al ISS y las semanas cotizadas. Manifestó que los restantes hechos no le constan. Formuló como excepciones de mérito: inexistencia afectación por protección judicial SL 373- 2021, perfeccionamiento actos de relacionamiento, hecho de la víctima/afiliado, perfeccionamiento del acto inexistente, saneamiento nulidad, protección sostenibilidad fiscal y equilibrio financiero, inexistencia del derecho, pago de lo no debido, prescripción y caducidad, buena fe, 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; está incurso en prohibición legal de retornar al régimen de prima media en razón de la edad (expediente digital, archivo 11, fls. 1 a 15).

Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías rechazó las peticiones del escrito inaugural. Admitió la data de nacimiento de la demandante. 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, archivo 06, fls. 1 a 14).

Por su parte, la AFP Protección se opuso al éxito de las pretensiones. Admitió la data de nacimiento de la demandante, la afiliación actual con esta entidad y la solicitud de proyección pensional. Frente a los demás hechos manifestó que no son ciertos o no le constan. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, prescripción, 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, validez y eficacia del traslado entre administradoras de fondos de pensiones del RAIS, y las demás declarables oficiosamente. 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 ejerció la facultad de regresar al RPM (expediente digital, archivo 13 fls. 1 a 19).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo del 24 de abril de 2023 (expediente digital, carpeta 1, archivo 30), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la señora María Doris Guevara Avella al régimen de ahorro individual con solidaridad de fecha 1 de junio de 1999, por intermedio de la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Colfondos 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 la parte considerativa de esta sentencia

SEGUNDO: CONDENAR a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección 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 junto con el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexado y con cargo a sus propios recursos, contenidos en la cuenta de ahorro individual de la señora María Doris Guevara Avella identificada con C.C. 46.353.258 a Colpensiones.

TERCERO: CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones a activar la afiliación del demandante en el régimen de prima media con prestación definida y proceder 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, Colfondos S.A. y Protección S.A. Se señalan como agencias en derecho la suma de \$1.000.000 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 Colpensiones manifestó que existió una correspondencia entre voluntad y acción, reflejo que se constituye en la firma de los formularios de traslado. A la accionante no le asiste derecho a retornar al régimen de prima media, por encontrarse dentro de la prohibición legal de que trata la Ley 797 de 2003, y no es beneficiaria del régimen de transición, por lo que se está afectando la sostenibilidad financiera del

sistema pensional. Por último, Colpensiones es un tercero afectado, quien no tuvo ninguna participación, engaño u omisión de la información entregada por los asesores de la AFP.

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 Instituto de Seguros Sociales desde el 04 de noviembre de 1974 al 30 de abril del 1999 (expediente administrativo, carpeta 46353258¹), migró al RAIS, a través de la AFP Colfondos S.A., a partir del 20 de abril de 1999; posteriormente, cambió horizontalmente a la AFP Colmena hoy Protección S.A., a partir del 22 de diciembre de 1999 (expediente digital, archivo 13, fl. 28 y 29)

Al absolver interrogatorio de parte la demandante señaló que, en su lugar de trabajo, llegó un asesor de Colfondos quien les informó que el ISS se iba acabar y que debían trasladarse al fondo privado. Afirma que firmó el formulario de manera voluntaria, pero no se le brindó información alguna. No tenía conocimiento de que se estaba trasladando a un fondo privado. Asegura que se trasladó con la AFP Protección de manera inocente porque creyó que era mejor. No le hablaron de rendimientos

¹ Archivo GRP-SCH-HL-2020_6524661-20200707095659

financieros. Manifiesta que llegan los extractos, pero no tiene claridad de la información contenida en estos. Quiere retornar a Colpensiones porque se siente engañada y al ser una persona de edad, quiere tener una vejez digna y duradera con la que pueda sostenerse.

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 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 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 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 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).

Cumple agregar que no es posible eximir de responsabilidad a la AFP Colfondos S.A. a 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). Por lo tanto, la sentencia de adicionara 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 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 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, activar la afiliación de la demandante y actualizar su historia laboral.

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 Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 24 de abril de 2023, 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, bonos pensionales y porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, a que haya lugar; los valores utilizados en seguros previsionales, así como los gastos de administración y las comisiones, 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 en la sentencia recurrida en el sentido de **CONDENAR** a la AFP Colfondos Pensiones y Cesantías 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 031 2022 00285 01
DEMANDANTE: OSCAR LUIS LAMBIS CARRASQUILLA
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 julio de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante y la parte demandada Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 26 de mayo de 2023. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

El accionante pretendió que se declare la ineficacia y/o nulidad del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuado a través de la AFP Protección S.A.; de igual manera, declara que el accionante siempre estuvo afiliado a la RPM. En consecuencia, se ordenó a la AFP Protección S.A. la devolución de todas las sumas de dinero, bonos pensionales, cotizaciones, sumas adicionales recibidas por concepto de aportes voluntarios, rendimientos y gastos de administración a Colpensiones y; a esta última, a reactivar la afiliación de la parte demandante, recibir las sumas devueltas del fondo privado y actualizar y corregir la historia laboral del accionante y ponerla a su disposición. Así mismo, se ordene al fondo privado al reconocimiento y pago de los perjuicios morales estimados en 200 SMLMV y condenar en costas a las demandadas.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 19 de octubre de 1962; ha trabajado en diferentes entidades, estuvo afiliado al ISS desde el año 1993. El 27 de noviembre de 1995 se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP Protección S.A. Afirma que el fondo privado no le brindó la información completa, necesaria, veraz, transparente y oportuna; se trasladó al fondo privado porque consideró que era más beneficioso. El accionante manifiesta que no le explicaron sobre las características de los regímenes, no le advirtió sobre los riesgos que existían con el traslado, no le advirtió que su pensión podría ser inferior, ni que no se podría pensionar cuando el capital fuera insuficiente, no le explicaron modalidades de pensión, bono pensional, o cómo funciona el RAIS; no le entregaron el reglamento de funcionamiento, ni sobre el derecho de retracto. La AFP le realizó una proyección pensional en la cual arrojó que a la edad de 62 años tendría una mesada pensional de un \$1.000.000 y en el RPM sería de \$2.158.832. Finalmente se elevó solicitud de ineficacia, nulidad o inexistencia de la afiliación a las demandadas, obteniendo respuesta negativa (expediente digital, archivo 02, fls. 4 a 27).

Al dar contestación, Colpensiones se opuso a las súplicas de la demanda en su contra. Admitió la data de nacimiento del demandante, su vinculación laboral con diferentes entidades, la afiliación al ISS, la afiliación a la AFP, y las solicitudes elevadas tanto a la AFP como a Colpensiones con su respectiva respuesta. Manifestó que los restantes hechos no le constan. Formuló como excepciones de mérito la 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 declarables de oficio. Argumentó que el traslado de régimen se llevó a cabo de manera libre de conformidad con la normatividad vigente de la época; el accionante no es beneficiario del régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993 y se encuentra inmerso en prohibición legal de retornar a prima media en razón de la edad. Por último, aceptarlo en el RPM puede

atentar la sostenibilidad financiera del sistema (expediente digital, archivo 11, fls. 2 a 21).

Por su parte, la AFP Protección se opuso al éxito de las pretensiones. Admitió la data de nacimiento del demandante, la proyección de mesada pensional y la petición elevada con su respectiva respuesta. Frente a los demás hechos manifestó que no son ciertos o no le constan. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, 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, prescripción y los demás declarables oficiosamente. En su defensa expuso que el demandante manifestó su voluntad de continuar perteneciendo al RAIS, suscribiendo el mismo e indicando que la afiliación se realizó completamente libre de vicios del consentimiento, de igual manera, que la AFP brindó una asesoría completa, clara y comprensible al 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; además nunca ejercicio de la facultad de regresar al RPM (expediente digital, archivo 07, fls. 3 a 30).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo del 26 de mayo de 2023 (expediente digital, archivo 28), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen de Oscar Luis Lambis Carrasquilla, del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad. Teniéndolo como válidamente afiliado en el régimen de prima media con prestación definida como si nunca se hubiese trasladado de régimen.

SEGUNDO: CONDENAR a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S. A. a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones la totalidad del capital ahorrado por el demandante, junto con los

rendimientos financieros, las comisiones, los gastos de administración y valores utilizados en seguros previsionales y garantía de pensión mínima. Frente a las sumas de dinero descontadas por concepto de comisiones, gastos de administración, valores utilizados en seguros previsionales y garantía de pensión mínima, estos deberán ser trasladados a la Administradora Colombiana de Pensiones debidamente indexadas.

TERCERO: CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones a recibir al demandante en el régimen de prima media con prestación definida como si nunca se hubiese trasladado de régimen.

CUARTO: CONDENAR a la demandada protección al pago de costas y agencias en derecho en cuantía de medio salario mínimo legal mensual vigente.

QUINTO: ABSOLVER de las demás pretensiones incoadas por la parte demandante a la parte demandada Protección.

SEXTO: Como quiera que la presente sentencia es adversa a 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

Inconformes la parte demandante y la parte demandada Colpensiones, recurrieron la sentencia.

La parte demandante argumenta que se debe condenar en costas a Colpensiones quien es la parte vencida dentro del proceso, argumentando que es una de las pretensiones del libelo de la demanda, debidamente controvertido, ya que se opusieron de forma activa a la misma y es consecuencia directa de la puesta en movimiento del aparato jurisdiccional y de la controversia surtida en instancias judiciales, por lo cual deben ser reconocidas, tal como lo estipula el artículo 365 del Código General del Proceso.

Por su parte, Colpensiones manifestó que no hubo falta del deber de información en razón a que, en atención a la normatividad de la época, la aceptación espontánea, libre y expresa para trasladarse de régimen se manifestaba a través de la firma del formulario de afiliación, en este caso por el demandante; del mismo modo, no nacía la obligación de brindarle

una doble asesoría a los afiliados. Por otro lado, argumenta que no se tuvo en cuenta el principio de relatividad jurídica en torno a que Colpensiones es un tercero en el asunto que tiene un efecto inter-partes y, la decisión lesiona a la entidad porque afecta el equilibrio y la sostenibilidad financiera, consagrados en el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia. Finalmente, solicita que en caso de que se confirme la sentencia, se mantenga la condena impuesta a la AFP.

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 Instituto de Seguros Sociales desde el 27 de abril de 1993 hasta el 31 de noviembre de 1995 (Expediente Administrativo¹); posteriormente migró al RAIS, a través de la AFP Protección S.A., mediante la suscripción de formulario de vinculación el 27 de noviembre de 1995 (expediente digital, archivo 07, fls. 42).

Al absolver interrogatorio de parte el demandante señaló que para la época del traslado, llegó un comunicado de la empresa en la que se informó que debía trasladarse a Protección. Manifiesta que no tuvo una asesoría personal con un asesor del fondo privado, solo le remitieron el

¹ A95FEA78-11A3-4681-88DF-0A144EEECD8A.

formulario diligenciado para firmarlo. Asegura que el firmó el formulario y no fue obligado. Señala que no ha tenido comunicación con algún asesor del fondo privado. Aduce que no tenía conocimiento del derecho al retorno al RPM, ni tenía conocimiento de los contactos de información. Finalmente, manifiesta que surgió su inconformismo de estar afiliado al RAIS antes de la pandemia, por lo que daban en compensación.

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 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 susodicha AFP, 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 Protección S.A., 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 será confirmada en este aparte, 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 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 al demandante en el régimen de prima media con prestación definida como si nunca se hubiese trasladado de régimen. En consecuencia, se adicionará la sentencia en este punto para ordenar la imposición de costas también a cargo de Colpensiones.

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 segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 26 de mayo de 2023, en el sentido de indicar que 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: ADICIONAR el numeral cuarto de la sentencia recurrida, para ordenar la imposición de costas también a cargo de Colpensiones.

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 035 2021 00107 02
DEMANDANTE: EDUARDO ALFONSO CALDERON
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y SKANDIA PENSIONES Y CESANTIAS S.A.

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

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por las demandadas Skandia S.A., y Colpensiones, contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 17 de mayo de 2023. 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 efectuada a través de la AFP Porvenir S.A. En consecuencia, se ordenó a la AFP Skandia S.A. a realizar el traslado de todos los aportes que se encuentren en la cuenta individual de ahorro pensional con los rendimientos financieros, valor de bono pensional, devolución de los aportes por concepto de pagos de primas de seguros y la devolución de los aportes por concepto de costo de administración a Colpensiones y, a ésta última, a recibirlos. Así mismo, se condene a lo ultra y extra *petita* y, las costas y agencias de derecho.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 14 de septiembre de 1966. Se afilió al sistema general de pensiones ISS, hoy Colpensiones desde el 15 de marzo de 1988. Se trasladó al RAIS, a través de la AFP Porvenir S.A. el 18 de octubre de 1996. Asegura que un asesor de la AFP llegó a las instalaciones de su trabajo para que realizara el traslado al fondo privado; no obstante, no le informaron sobre las características del régimen, las variables para obtener una mesada pensional, condiciones y/o elementos del RAIS, modalidades de pensión, ventajas o desventajas del fondo privado, entre otros aspectos. El 30 de marzo de 2009 se trasladó a la AFP Skandia, sin embargo, como ocurrió con la anterior AFP no le brindaron información completa sobre las características del régimen. Por último, elevó peticiones a las demandadas solicitando la declaratoria de ineficacia obteniendo respuesta negativa (expediente digitalizado, archivo 01, fls. 1 a 19).

Al dar contestación, Colpensiones se opuso a las súplicas de la demanda en su contra. Admitió la data de nacimiento del demandante, la afiliación en el ISS, la solicitud elevada y su respectiva respuesta. Manifestó que los restantes hechos 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 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 11, fls. 1 a 38).

La AFP Porvenir se opuso al éxito de las pretensiones. Admitió la data de nacimiento del demandante, las características del régimen, la petición elevada con su respectiva respuesta. Frente a los demás hechos manifestó no constarle o no ser 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 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 de hacerlo (expediente digital, archivo 17. fls. 1 a 36).

Skandia S.A., al contestar la demanda se opuso al éxito de las aspiraciones. De los hechos admitió las características del régimen, el traslado a esta AFP, la petición elevada y su respectiva respuesta. Frente a los demás hecho manifestó que no le constan o no son 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, prescripción, buena fe y las demás declarables de oficio. En su defensa alegó que el demandante no acreditó los fundamentos fácticos para obtener la declaratoria de nulidad de la 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 04, fls. 1 a 19).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo del 17 de mayo de 2023 (expediente digital, archivo 32), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado efectuado por Eduardo Alfonso Calderón, al régimen de Ahorro Individual con Solidaridad con la AFP Horizonte (Hoy Porvenir S.A), y como consecuencia de ello, se ordena a la AFP Skandia, a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, todos los aportes, sumas adicionales de aseguramiento, frutos e intereses junto con sus rendimientos.

SEGUNDO: CONDENAR a la AFP Porvenir y Skandia, a pagar con su propio patrimonio, la disminución en el capital de financiación de la pensión del demandante por los gastos de administración, conforme al tiempo que el demandante permaneció afiliado en el fondo privado, tal como se advirtió en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a volver a afiliarse a Eduardo Alfonso Calderón al régimen de prima media con prestación definida y recibir todos los aportes que ésta hubiese efectuado a la administradora de pensiones y cesantías Skandia.

CUARTO: CONDENAR EN COSTAS a la demandada AFP Porvenir S.A., por lo tanto, se señalan como agencias en derecho a su cargo la suma de \$1.000.000, suma que se incluirá en la respectiva liquidación de costas, sin costas a cargo de Colpensiones y Skandia.

QUINTO: En caso no ser apelada la presente decisión se remitirá el proceso al Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral para que se estudie en grado jurisdiccional de consulta.

Como sustento de su decisión, señaló que no se acreditó que al momento del traslado del actor, la AFP cumpliera con el deber de proporcionar una información completa y comprensible, teniendo en cuenta la asimetría que existe con el mismo cotizante, y deber de ejercicio activo al proporcionar esa información, dándole a conocer las alternativas que genera el sistema en el tema pensional, información que debe ser veraz y suficiente, frente a lo que implicaba el traslado de régimen de prima media con prestación definida, al de ahorro individual.

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, 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 del 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. Finalmente, aduce que, al ser un emolumento económico periódico, que no está destinado para cubrir la pensión de vejez del demandante.

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 da aplicación al artículo 71 de la Ley 100 de 1993 en cuanto a la falta del deber de información, debido a que esta entidad no resultaría afectada. Se debe tener en cuenta que aceptar el retorno del demandante de manera injustificada contribuye a la descapitalización del sistema pensional y pone en peligro el derecho fundamental a la Seguridad Social de los demás afiliados. De igual manera, se debe señalar la permanencia del demandante en el RAIS por más de 20 años donde claramente el actor conocía de las características propias de cada régimen. Finalmente, de confirmarse la sentencia, solicita se ordene a los fondos demandados no realizar descuentos por conceptos de seguros previsionales tales como invalidez y sobrevivencia, toda vez que esto contribuiría con la descapitalización del sistema pensional y, no se condene en costas a Colpensiones por un ser 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 desde el 15 de marzo de 1988 hasta el 31 de octubre de 1996 (expediente digital, archivo 14); migró al RAIS, a través de la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A., mediante formulario de vinculación del 18 de octubre de 1996 (expediente digital, archivo 07, fl.37); posteriormente, cambió horizontalmente a la AFP Skandia, el 30 de marzo de 2009 (expediente digital, archivo 04, fl.20 y 49).

Al absolver interrogatorio de parte el demandante señaló que hubo una campaña masiva en su lugar de trabajo donde se promovía el traslado a los fondos privados, y se sintió motivado a cambiarse de régimen porque podría pensionarse más joven y debido a la situación del ISS en esa época. Asegura que le informaron que tendría mejores rendimientos y utilidades; no realizó aportes voluntarios; le llegaban los extractos, pero no los entendía con claridad y, no entendía las características del régimen privado. Aduce que no se ha acercado a su actual AFP a que le realicen una proyección de mesada pensional. Solo firmó el formulario de afiliación con la AFP Porvenir, pero no lo leyó. No se le informó sobre el derecho de retracto y no dispuso de los canales de atención de las AFP. Quiere retornar a Colpensiones porque se dio cuenta que la mesada pensional en el RAIS es muy baja, frente a la que recibiría en el RPM.

De cara a los medios de prueba mencionados, para esta Sala la AFP Horizonte hoy 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 Horizonte, hoy 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 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). Por ello, 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 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 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). Por tanto, la sentencia se modificará en este punto. 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 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 en el numeral primero de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 17 de mayo de 2023, en el sentido de **CONDENAR** a la AFP Skandia 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 en el numeral **SEGUNDO** de la sentencia de primera instancia, que quedara en el 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 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
035 2021 00107 01



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 035 2022 00371 01
DEMANDANTE: CARMEN PATRICIA TORRES NAVARRO
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 julio 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 Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 21 de abril 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, efectuado a través de la AFP Porvenir efectuado el 22 de agosto de 2000. En consecuencia, se condene a Porvenir y Colpensiones a tramitar el regreso automático de la demandante al RPM, de igual manera, tramitar los valores de la cuenta de ahorro individual correspondiente a las cotizaciones al riesgo derivado de la vejez a Colpensiones. Así mismo, se condene a las demandadas a lo ultra y extra *petita*, al pago de las costas y agencias en derecho.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 28 de mayo de 1961; cotizó al ISS hoy Colpensiones un total de 356 semanas desde el 19 de septiembre de 1990 hasta el 30 de agosto de 2000. El día 01 de septiembre de 2000, se trasladó al régimen de ahorro individual con

solidaridad a través de la AFP Porvenir S.A. Afirma que el traslado se dio como consecuencia de la suscripción del formulario solicitud de vinculación 01431135 de fecha de 22 de agosto de 2000; afirma que se afilió a la AFP por sugerencia por la empresa contratante en una charla; asegura que no se le informó características del régimen pensional y no se hizo comparación alguna con el otro régimen; no se le brindó información sobre el bono pensional o cifras de la mesada pensional. No recibió asesoría completa y veraz sobre el traslado a la AFP, omitiéndole informar las consecuencias del traslado; no se le entregó el reglamento del fondo de pensiones, ni el plan de pensiones. Solicitó información relevante ante la AFP sobre la información que debía ser brindada al momento del traslado obteniendo una respuesta incompleta por parte de la entidad. Elevó petición de nulidad e ineficacia de traslado a Colpensiones obteniendo respuesta negativa (expediente digital, archivo 01, fls. 1 a 16).

Al dar contestación, Colpensiones se opuso a las súplicas de la demanda en su contra. Admitió la data de nacimiento de la demandante, la afiliación al ISS y las semanas cotizadas, el traslado a la AFP con el respectivo formulario de afiliación, la solicitud elevada y su respectiva respuesta. 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 y; que no se configuró vicio del consentimiento (expediente digital, archivo 05, fls. 3 a 44).

La AFP Porvenir se opuso al éxito de las pretensiones. Admitió la data de nacimiento de la demandante, la suscripción del formulario de afiliación con esta AFP, el suministro de información a los usuarios, la

petición elevada y su respectiva respuesta. Frente a los demás hechos manifestó 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 la demandante también tenía el deber de informarse sobre el traslado de régimen y sus consecuencias; que durante su vinculación como afiliada de la AFP no revirtió su decisión, pese a que contaba con la posibilidad de hacerlo (expediente digital, archivo 06, fls. 2 a 41).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo del 21 de abril de 2023 (expediente digital, archivo 13.1), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado efectuado por Carmen Patricia Torres Navarro, al régimen de Ahorro Individual con Solidaridad con la AFP Porvenir, y como consecuencia de ello, se ordena a dicho fondo a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, todos los aportes, sumas adicionales de aseguramiento, frutos e intereses junto con sus rendimientos.

SEGUNDO: CONDENAR a la AFP Porvenir S.A a pagar con su propio patrimonio, la disminución en el capital de financiación de la pensión de la demandante por los gastos de administración, conforme al tiempo que la demandante permaneció afiliada en el fondo privado, tal como se advirtió en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: CONDENAR a la Administradora Colombiana De Pensiones – Colpensiones a reactivar la afiliación de Carmen Patricia Torres Navarro al régimen de prima media con prestación definida y recibir todos los aportes que ésta hubiese efectuado a la administradora de pensiones y cesantías Porvenir S.A.

CUARTO: CONDENAR EN COSTAS a la demandada AFP Porvenir S.A, por lo tanto, se señalan como agencias en derecho a su cargo la suma de \$1.000.000, suma que se incluirá en la respectiva liquidación de costas, sin costas a cargo de Colpensiones.

QUINTO: En caso no ser apelada la presente decisión se remitirá el proceso al Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral para que se estudie en grado jurisdiccional de consulta.

Como sustento de su decisión, señaló que no se acreditó que al momento del traslado de la actora, la AFP cumpliera con el deber de proporcionar una información completa y comprensible, teniendo en cuenta la asimetría que existe con el mismo cotizante, y deber de ejercicio activo al proporcionar esa información, dándole a conocer las alternativas que generan el sistema en el tema pensional, información debe ser veraz y suficiente, frente a lo que implicaba el traslado de régimen de prima media con prestación definida, al de ahorro individual.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme Colpensiones manifestó que no se da aplicación íntegra al artículo 71 de la Ley 100 de 1993, la cual señala como consecuencia de la declaratoria de la ineficacia es la falta del deber de información, circunstancia en la cual esta entidad no resultaría afectada; resaltó que al permitir que personas que no han contribuido al RPM entren al mismo, sería subsidiar a costa de la cotizaciones y riesgos asumidos por otros, lo cual afecta la sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones y pone en peligro el derecho fundamental a la Seguridad Social de los demás afiliados.

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 a la afiliada 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 de la afiliada 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 la afiliada es o no beneficiaria 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 19 de septiembre de 1990 al 31 de julio de 2000 (expediente digital, archivo 05. fl. 202), fecha a partir de la cual, migró al RAIS, a través de la AFP Porvenir S.A., mediante la suscripción de formulario de vinculación el 22 de agosto de 2000 (expediente digital, archivo 06. fl. 42).

Al absolver interrogatorio de parte la demandante señaló que en el año 2000 estuvo trabajando con la Alcaldía como contratista y que para poder iniciar el proceso de contratación debía estar vinculada con Porvenir. Manifiesta que la entidad realizó una reunión donde un asesor de Porvenir les indicaba como llenar el formulario y fue una charla corta; asegura que en la reunión les informaron que iban a seguir en un fondo de pensiones igual que el anterior y que como requisito de la Alcaldía debían afiliarse. Aduce que el fondo privado no le informó sobre los rendimientos, pensión anticipada, ni cuenta de ahorro individual. Manifiesta que no hizo aportes voluntarios y que hace tres años atrás le empezaron a llegar los extractos, pero no entiende claramente la información contenida en estos. Señala que se acercó a las oficinas del fondo privado para solicitar el bono pensional porque sus compañeros ya lo estaban recibiendo y le fue negado porque debía esperar a cumplir la edad para solicitar la pensión. Afirma que no había retornado al RPM en los años que cotizó porque entendía que era lo mismo. Quiere retornar al RPM porque ya cuenta con la edad de pensión y su proyección pensional sería mejor a lo cotizado en los años de trabajo, por lo que se siente engañada por parte del fondo privado.

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.

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., 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 ello, 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).

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 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 Cinco Laboral del Circuito de Bogotá,

D.C., el 21 de abril de 2023, 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 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 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
035 2022 00371 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 2019 00087 01
DEMANDANTE: SANDRA ELIZABETH MONTAÑEZ
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., 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 julio de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por las demandadas Colpensiones, Porvenir S.A. y Skandia S.A., contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 30 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 la ineficacia, o en subsidio, la inexistencia, del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuada a través de la AFP Protección. En consecuencia, se ordenó a la AFP a trasladar todas las sumas de dinero, bonos, cotizaciones, sumas adicionales recibidas por concepto de aportes obligatorios y rendimientos devengados, intereses, indexación, aumentos y rendimientos a Colpensiones y; a ésta, a recibirla y reactivar la afiliación sin solución de continuidad y; a reconocer y pagar la mesada pensional, en

los términos de la ley 100 de 1993. Así mismo, se condene a las demandadas a las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 18 de agosto de 1961. Se afilió al sistema general de pensiones en junio de 1987 hasta junio del 2004, cotizando al ISS, hoy Colpensiones. Se trasladó al RAIS, a través de Porvenir S.A. 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 ING hoy Protección S.A. en el año 2009. De conformidad con la liquidación elaborada en el RPM devengaría una mesada superior que en RAIS. Solicitó a las demandadas la nulidad o ineficacia de su traslado, obteniendo respuesta negativa (expediente digitalizado, archivo 07, fls. 2 a 7).

Al dar contestación, Colpensiones se opuso a las súplicas de la demanda en su contra. Admitió que la demandante ha trabajado en diferentes entidades de derecho privado y la afiliación al ISS desde mayo de 1984 hasta junio de 2004. Manifestó que los restantes hechos no son ciertos o no le constan. Formuló como excepciones de mérito las que denominó: inexistencia del derecho y de la obligación, excepción error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, 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 15 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 09 fls. 1 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 demás 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 otra administradora de fondo de pensión privada; además la demandante no es beneficiaria del régimen de transición (expediente digital, archivo 11 fls. 1 a 33).

Por su parte, la AFP Protección se opuso al éxito de las pretensiones. Frente a los hechos aceptó el traslado al RAIS con 925.57 semanas cotizadas, la vinculación con Porvenir S.A. en julio de 2004, la afiliación a ING, el formulario diligenciado por el asesor, la falta de campañas de información, la proyección pensional por parte de la misma y la solicitud de nulidad de la afiliación con estas AFP. 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, validez y eficacia del traslado entre Administradoras de Fondos de Pensiones del RAIS, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro 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, continuo afiliada en el RAIS (expediente digital, archivo 10 fls. 1 a 33).

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 hechos manifiesta no constarle o no ser ciertos. 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 12 fls. 1 a 29).

Asimismo, llamo en garantía a la aseguradora Mapfre Colombia Vida Seguros S.A., en virtud de los contratos de seguro previsional vigentes entre 2007 y 2009 (expediente digital, archivo 12 fl. 82 a 87); 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)** *«legalmente la demandante se encuentra inhabilitada para trasladarse de régimen pensional»* y, **iv)** 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 (expediente digital, archivo 18 fls. 2 a 13).

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 “Skandia Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A.”* » **ii)** « *“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.”,* **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 la prima, ni de ningún otro valor que corresponda a contraprestación del seguro, porque ella fue legalmente devengada 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 “Skandia Administradora de Pensiones y Cesantías S.A.” 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 18 fls. 14 a 25).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo del 30 de marzo de 2023 (expediente digital, archivo 34), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación verificada por la señora **SANDRA ELIZABETH MONTAÑEZ** con destino a **A.F.P. PORVENIR S.A.** con la ocasión de la suscripción del formulario de afiliación del 10 de mayo de 2004. 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 las **A.F.P. PROTECCIÓN S.A., A.F.P. SKANDIA S.A., A.F.P. PORVENIR S.A.**, que conjuntamente adelanten las gestiones administrativas y financieras tendientes a retornar a la demandante con destino al Régimen de Prima Media con Presión Definida administrado por COLPENSIONES, junto con los recursos percibidos, 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:

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

(Valor mensualmente recibido en el régimen de ahorro individual)

Así deberá tomarse como índice inicial el del mes en que se verifico 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 de **A.F.P. PROTECCIÓN S.A., A.F.P. SKANDIA S.A., A.F.P. PORVENIR S.A.**, en proporción al tiempo al que estuvo afiliada la demandante a estas administradoras, 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 luego de estos procedimientos, deberán ser girados con destino al fondo de solidaridad pensional, pues los mismos son producto de la administración de dineros del sistema general de pensiones, que solo pueden destinarse a este.

TERCERO: ORDENAR a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, que proceda a reconocer, liquidar y pagar a la demandante, la pensión de vejez a que tiene derecho, en el marco de las previsiones de la ley 100 de 1993 modificada por la ley 797 de 2003, partiendo de un ingreso base de liquidación determinado con base en lo más favorable entre el promedio de lo cotizado en los últimos 10 años, y lo cotizado en toda la vida laboral, en los términos del artículo 21 de la ley 100 de 1993, en concordancia de las previsiones del artículo 31 del mismo ordenamiento, disponiéndose el pago de mesadas pensionales a partir del momento en que se acredite el retiro del servicio o del retiro del sistema, por parte de la incoante de la acción. Debiendo sufragar en este escenario, las respectivas mesadas pensionales 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 mesada pensional)

Así deberá tomarse como índice inicial el del mes de causación de la respectiva mesada pensional y como índice final el del mes en que se verifique el pago. Autorizándose a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, para que del retroactivo de mesadas pensionales indexadas a que tiene derecho la demandante, descuenta en el porcentaje que en derecho corresponda, los aportes pertinentes con destino al sistema de seguridad social en salud.

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

QUINTO: ABSOLVER a la llamada en garantía **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.**, de todas y cada una de las pretensiones formuladas en el llamamiento en garantía propuesto por SKANDIA S.A. lo anterior, por lo señalado en la parte motiva de presente sentencia.

SEXTO: 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.

De la misma manera, quedan a cargo de SKANDIA S.A. las costas, en lo que al llamamiento en garantía atañe y en consecuencia, 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 MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.

SÉPTIMO: 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 Colpensiones, Porvenir S.A y Skandia S.A, recurrieron la sentencia.

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; No existe error que tenga fuerza legal para repercutir sobre la eficacia jurídica y, existió ratificación expresa o tácita teniendo en cuenta lo consagrado en el artículo 1754 del Código Civil, al ejecutar de manera

voluntaria lo acordado en el contrato que autorizó el traslado de la demandante en su momento. Igualmente, los fondos privados cuentan exclusivamente con el consentimiento vertido en el formulario de afiliación para probar el conocimiento libre y voluntario, sin presiones e informado; sin que la demandante cumpliera tampoco su propio deber de información. Al no resultar procedente la ineficacia del traslado, tampoco resulta procedente el reconocimiento de la pensión de vejez.

Porvenir solicita que se revoque la condena impuesta en el numeral segundo de la sentencia, en razón al artículo de la Ley 100 de 1993 establece los porcentajes que autoriza los fondos privados a descontar y los destinos de cada uno, no siendo viable devolver otras sumas, pues se estaría generando un enriquecimiento sin causa en favor de Colpensiones y en perjuicio de la AFP. En su defecto, solicitó revocar la condena de retornar los gastos de administración, en atención a que se está ordenando el traslado de los rendimientos que se generaron con su buena administración respecto de los aportes de la demandante, aunado a que son conceptos que no están llamados a financiar el derecho pensional; de igual manera que no cabe la indexación de los mismos.

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.

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 el 30 de mayo de 1984 (expediente digital, archivo 01, fls. 123 y 124); migró al RAIS, a través de la AFP Porvenir S.A., mediante suscripción de formulario de vinculación, del 10 de mayo de 2004 (expediente digital, archivo 11, fl. 83); posteriormente, cambió horizontalmente a la AFP Skandia, a partir del 10 de octubre de 2005 (expediente digital, archivo 12, fl. 38); y; finalmente se trasladó a ING hoy Protección S.A. el 14 de julio de 2009 (expediente digital, carpeta 07, archivo 10, fl. 49).

Al absolver interrogatorio de parte la demandante señaló que estaba afiliada al ISS; no obstante, en el 2004 se trasladó a Porvenir, cuando una asesora llegó a su oficina y le hizo el traslado a ella; 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 el seguro social se iba

acabar. Dio información sobre sus beneficiarios, pero no sabe para qué, sabe que si fallecía, la pensión la obtendrían los beneficiarios. No recuerda que le dijeran que requería cierto monto para pensionarse. El asesor 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 le dijeron que sus rendimientos iban a ser mejores. Por último, se trasladó a ING hoy Protección, porque le ofrecieron mejores rendimientos. No tenía conocimiento de las características de los dos regímenes y permaneció en el RAIS creyendo que iba a tener una mejor pensión. Se quiere devolver al RPM, porque considera que su mesada pensional sería superior a la que recibiría en el RAIS. No ha solicitado la pensión y tampoco tiene conocimiento de cuanto tiene ahorrado en la AFP que se encuentra actualmente.

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 modificará 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 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 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).

Cumple agregar que no es posible eximir de responsabilidad a las AFP Porvenir S.A. y Skandia 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.

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.

Pensión de vejez

Establecido entonces que la demandante se encuentra válidamente afiliada a Colpensiones, pasa la Sala a determinar si tiene derecho al reconocimiento de la pensión de vejez de conformidad con la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003.

El artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003, contempla como requisitos para acceder a la pensión de vejez en lo que interesa al proceso, que la afiliada mujer haya alcanzado los 57 años y acredite cotizaciones por un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo. Precisa la norma que a partir del 1º de enero del año 2005 el número de semanas se incrementaría en 50 y a partir del 1 de enero de 2006 ascenderá en 25 cada año hasta llegar a 1300 semanas en el año 2015.

En esa perspectiva, una vez realizadas las validaciones correspondientes, se determina que la accionante alcanzó los 57 años de edad el 18 de agosto de 2018 (fl. 28 archivo 01, expediente digital) y que a lo largo de su vida laboral acredita más de 1.300 semanas cotizadas

(expediente digital, archivo 12 fl. 42), por lo que tiene derecho a acceder a la pensión de vejez en los términos previstos en la ley de seguridad social.

No obstante, sólo hasta que Colpensiones reciba a satisfacción el traslado del saldo en cuenta individual, los rendimientos y los bonos pensionales a que haya lugar, así como los gastos de administración, las comisiones, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales, estará obligada a reconocer la prestación de vejez, pues no cuenta en la actualidad con los recursos para financiar la pensión y, en todo caso, no es posible determinar el monto de la prestación, ni tampoco la fecha de disfrute, toda vez que no se tiene certeza de la última cotización realizada.

En consecuencia, se revocará la sentencia de primer grado en este punto, para en su lugar, ordenar que, una vez recibidas las sumas provenientes de la AFP, proceda a reconocer la prestación pensional en el término de ley, una vez se verifique la desafiliación del sistema, de conformidad con los artículos 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990, reglamentado por el decreto 758 de esa anualidad.

La suscrita Ponente aclara que, si bien en decisiones anteriores similares a la que ahora se estudia entre otros (radicados: 31 2020-00497, 28 2020-00122, 30 2021-00321, 26 2019 00590) se dispuso el reconocimiento de la prestación por vejez a partir del día siguiente de la última cotización realizada, ahora, al realizar un nuevo análisis del asunto, se rectifica la postura, al considerar que no se puede suponer la desafiliación tácita del sistema, toda vez que es una decisión inherente a la afiliada, a quien no se le ha dado la oportunidad de manifestarla, así como que, se estaría subrogando la competencia de la entidad de estudiar la procedencia de la prestación, en el entendido que solo ahora, con esta decisión, se está validando su afiliación al régimen de prima media.

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 30 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: MODIFICAR el numeral **SEGUNDO** de la sentencia, el cual 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. Asimismo, **CONDENAR** a la AFP Porvenir 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: REVOCAR el numeral **TERCERO** de la decisión analizada, para en su lugar, ordenar a Colpensiones que, una vez recibidas las sumas provenientes de la AFP, proceda a reconocer la prestación pensional de la actora, en el término de ley, una vez se verifique la desafiliación del sistema.

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

QUINTO: 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



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 038 2019 00419 01
DEMANDANTE: ANA ISABEL PARDO COTRINO
DEMANDADO: COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS
LITIS CONSORCIO
NECESARIO: LUIS JHONATAN GÓMEZ PARDO
LLAMADA
EN GARANTÍA: COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLÍVAR S.A.

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

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 11 de marzo de 2022.

I. ANTECEDENTES

La accionante pretende el reconocimiento y pago de intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, entre el 15 de abril de 2005 y el 1° de mayo de 2017; la actualización monetaria; lo ultra y extra *petita* y, las costas.

En respaldo de sus pretensiones, narró que Colfondos le reconoció pensión de sobrevivientes mediante oficio DPN COL 1839 del 1° de febrero de 2018 y, le comunicó a Seguros Bolívar, su decisión para lo de su competencia. Mediante escrito radicado ante la demandada, solicitó la reliquidación del monto, así como los intereses moratorios, por la demora en el reconocimiento de la pensión, por causa atribuible a la entidad, quien se había negado en forma reiterada al reconocimiento de la prestación sin justa causa. El 9 de mayo de 2017, se informó al

coordinador nacional de la AFP, el monto de las mesadas adeudadas entre el 15 de abril de 2005 y el 1º de mayo de 2017. En febrero de 2008, la aseguradora oficio a Colfondos efectuando una reliquidación sobre el monto de las mesadas adeudadas y pagadas. El 16 de febrero de 2018, se le informó que el pago se haría comprendiendo las mesadas desde el 2005 (*expediente digital, archivo 01CuadernoFísico, fls.24 a 29*).

Al dar respuesta, Colfondos S.A. se opuso a la prosperidad de las súplicas. Admitió el reconocimiento de la prestación, la información de las mesadas adeudadas, la reliquidación y, la información de pago de dichas mesadas. Manifestó no ser cierto el hecho restante. Formuló las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, prescripción trienal, inexistencia de intereses moratorios, buena fe, compensación y pago, enriquecimiento sin justa causa, mala fe y, la declaratoria oficiosa de otras excepciones. Argumentó en su defensa que no es procedente el reconocimiento y pago de los intereses moratorios, por cuanto la solicitud de reconsideración lo fue el 20 de octubre de 2014, y la fecha de fallecimiento el 15 de abril de 2005, por ello se aplicó la prescripción trienal de las mesadas (*expediente digital, archivo 01CuadernoFísico, fls.51 a 62*).

Asimismo, llamó en garantía a la Compañía de Seguros Bolívar S.A., en virtud de la póliza 5030-0000002-04, contratada para el pago de la suma adicional para financiar el capital necesario de las eventuales pensiones de invalidez y sobrevivencia causadas a favor de afiliados de la sociedad administradora (*expediente digital, archivo 01CuadernoFísico, fls.68 a 76*); quien al contestar la demanda rechazó el éxito de las aspiraciones. Manifestó no constarle o no ser ciertos los hechos de la demanda inicial; respecto de los hechos del llamamiento, aceptó la suscripción de la póliza y, la data de fallecimiento del causante afiliado. Propuso las excepciones de indebido llamamiento en garantía, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y, buena fe. Como fundamentos de defensa indicó que actúa como aseguradora provisional del fondo de pensiones demandado y, en razón a ello, su papel es cumplir con la obligación de pagar las sumas adicionales pactadas en la póliza previsual en caso de presentarse uno de los siniestros amparados, en este caso, la

pensión de sobrevivientes; empero, no tiene participación en el reconocimiento y pago de la prestación, lo que le compete al fondo de pensiones, quien es quien analiza el cumplimiento de los requisitos legales por parte del afiliado o beneficiario y procede a realizar el cobro de la suma adicional a la aseguradora; razón por la cual, no se le pueden hacer oponibles los términos de ley para ser constituido en mora (*expediente digital, archivo 01CuadernoFísico, fls.96 a 107*).

En audiencia del 04 de noviembre de 2020, se dispuso vincular a LUIS JONATHAN GÓMEZ PARDO en calidad de litis consorte necesario (*03AudienciaArt772019419NulidadDeTraslado*). Al dar respuesta a la demanda, no presentó oposición a las pretensiones de la demanda. Frente a los hechos, los aceptó en su totalidad. Manifestó que se atiene a lo que resulte probado en el trámite del proceso, en la medida en que a él le fue reconocida y pagada en debida forma la prestación pensional por sobrevivencia, sin embargo, sí existió mora en el reconocimiento y pago de la cuota parte a la cual tenía derecho la demandante (*expediente digital, carpeta 15ContestacionLitisconsorte20210901, archivo: CONTESTACION DEMANDA DTE ANA ISABEL PARDO COTRINO vs COLFONDOS - LITISCONSORTE NECESARIO*).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 11 de marzo de 2022, resolvió (*24AudienciaArt802019419PensionSobrevivienteIntereses*):

PRIMERO: DECLARAR que la demandante Ana Isabel Pardo Cotrino tiene derecho al reconocimiento y pago de intereses moratorios a cargo de la A.F.P. COLFONDOS S.A., con ocasión del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes en la proporción en la que le fue otorgada.

SEGUNDO: CONDENAR a la A.F.P. COLFONDOS S.A. a reconocerle y pagarle a la demandante Ana Isabel Pardo Cotrino los intereses moratorios del artículo 141 la ley 100 de 1993, sobre las mesadas pensionales reconocidas y causadas desde el 21 de diciembre del 2014 los cuales, se calcularán mes a mes sobre el valor de las mesadas pensionales en la proporción que le fue reconocida y hasta la fecha de su pago 7 de junio del año 2017 y en la forma ya reseñada.

TERCERO: EXCEPCIONES. Dadas a las resultas del juicio el Despacho declara no probadas las propuestas respecto de la condena infligida.

CUARTO: ABSTENERSE de imponer carga alguna a la Compañía De Seguros Bolívar S.A. en el marco del llamamiento en garantía, por lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia.

QUINTO: COSTAS serán a cargo de la A.F.P. Colfondos S.A. En firme la presente providencia por secretaría practique la liquidación de costas incluyendo en ella como agencias en derecho la suma de \$1´500.000 en favor de la demandante y en la suma de \$1´500.000 en favor de la llamada en garantía al no haber prosperado las pretensiones del llamamiento.

Como sustento de su decisión, señaló que la actora presentó solicitud de reconocimiento pensional el 20 de octubre de 2014, adjuntando la documentación que acreditaba su derecho, y Colfondos procedió al reconocimiento hasta junio de 2017, cuando ya había vencido el término de dos meses previstos en el artículo 1º de la Ley 717 de 2001. Asimismo, respecto a la llamada en garantía, no se evidencia que haya se haya sustraído del cumplimiento de su obligación contractual, cual es, completar el capital necesario para financiar la prestación.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la AFP demandada Colfondos S.A., adujo que la negativa del reconocimiento pensional, se dio bajo un soporte legal y normativo, toda vez que no estaba totalmente actualizada la historia laboral y, solo en el año 2017, consolidada la misma, se corroboró que el causante sí había dejado el derecho pensional a favor de sus beneficiarios. Asimismo, aduce que de acuerdo con el artículo 4 de la Ley 700 de 2001, el término con que contaba la entidad para resolver este tipo de solicitudes es de 6 meses. En gracia de discusión, arguye que debe condenarse a la llamada en garantía, teniendo en cuenta que como entidad que también hace parte del sistema general de pensiones, que tenía a cargo la suma adicional para financiar la pensión de sobrevivencia, también se negó al reconocimiento de la prestación en su momento. Finalmente, solicita se revoque la condena en costas, al resultar totalmente exorbitante, en un proceso que no es muy largo.

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 en el presente asunto

se causaron intereses por mora en el pago de las mesadas pensionales, a favor de la demandante.

De los intereses moratorios

Dispone el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, que a partir del 1º de enero de 1994, en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales de que trata esta ley, la entidad correspondiente reconocerá y pagará al pensionado, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectúe el pago.

De acuerdo con lo anterior, se causan intereses moratorios a cargo de la entidad obligada al pago de la pensión cuando ésta se ha tardado en el pago de la mesada, o cuando hay una solución tardía en el reconocimiento de la pensión, para lo cual debe tenerse en cuenta, para este tipo de pensiones, el período de gracia de dos (2) meses que concede el artículo 1º de la Ley 717 de 2001 contados contados a partir de la radicación de la solicitud por el peticionario, con la correspondiente documentación que acredite su derecho.

Pues bien, en el presente asunto quedó acreditado, sin que fuera objeto de reproche que, Ana Isabel Pardo Cotrino, radicó solicitud de reconsideración de reconocimiento de la prestación de sobrevivencia, el 20 de octubre de 2014, ante el fallecimiento de su cónyuge Luis Gómez Suárez (q.e.p.d.), ocurrido el 15 de abril de 2005. Así se verifica con la comunicación del 7 de junio de 2017, mediante la cual, la AFP Colfondos S.A. le comunicó a la accionante que el afiliado cumplió con el requisito de semanas cotizadas para generar el beneficio pensional en cabeza de sus beneficiarios y, que en los términos de los artículos 47 y 74 de la Ley 100 de 1993, modificados por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, ella y Luis Jonathan Gómez Pardo, acreditaron tal calidad, en su condición de cónyuge e hijo supérstites, respectivamente, cada uno en un 50%. Asimismo, que Luis Jonathan tiene derecho a las mesadas causadas desde la fecha de fallecimiento del causante, hasta el 10 de agosto de 2014, cuando arribó a los 18 años de edad; mientras que a la accionante se le

reconoció el derecho, con aplicación de la prescripción trienal de las mesadas causadas entre el 15 de abril de 2005 y el 19 de octubre de 2014 (*expediente digital, archivo 01CuadernoFisico, fls.16 a 19*).

Ante la decisión anterior, la accionante presentó requerimiento el 3 de noviembre de 2017, manifestando su inconformidad y solicita la reliquidación del retroactivo; ante lo cual, Colfondos remitió reconsideración a la aseguradora Bolívar Seguros S.A., compañía por la cual se tiene la póliza previsional a la fecha del siniestro, quien procede a dar respuesta en la cual no da aplicación a la prescripción trienal y realiza el ajuste del cálculo del retroactivo, informando a la accionante, que se le reconocerán las mesadas dejadas de pagar desde el 15 de abril de 2005 al 19 de octubre de 2014 (*expediente digital, archivo 01CuadernoFisico, fls.22 a 23*).

Así las cosas, considera la Sala que es procedente el reconocimiento y pago de intereses deprecados, pues una vez solicitada la reconsideración de la pensión de sobrevivientes el 20 de octubre de 2014, cuando se acreditaban la totalidad de requisitos, la entidad procedió a reconocerla, pero, únicamente, mediante comunicación del 7 de junio de 2017, sin que exista demostrada en el plenario, una razón atendible para que la AFP se abstuviera de resolver en el plazo otorgado por la ley, de 2 meses después de radicada la solicitud; pues no se cuenta con elementos de juicio que permitan concluir que para el 20 de octubre de 2014, la demandante no haya aportado la documentación completa y que por ello la demandada hubiera estado imposibilitada para reconocer la prestación. En consecuencia, los intereses moratorios se causan a partir del 21 de diciembre de 2014 y, por tanto, resulta procedente confirmar la sentencia de primera instancia.

De la responsabilidad de la llamada en garantía

Arguye la recurrente que, la compañía de Seguros Bolívar S.A. también hace parte del sistema general de pensiones, que tenía a cargo la suma adicional para financiar la pensión de sobrevivencia y, por ende, también se negó al reconocimiento de la prestación en su momento, por lo que debe entrar a responder por la condena aquí impuesta.

Pues bien, revisada la póliza tomada por la AFP Colfondos S.A. pensiones, (*expediente digital, archivo 01CuadernoFisico, fls.77 a 80*), se evidencia que el seguro de invalidez y de sobrevivientes tiene por objeto la cobertura de la suma adicional de la pensión de invalidez, sobrevivencia y auxilio funerario.

Si bien el artículo 77 de la Ley 100 de 1993, al referirse a la financiación de las pensiones de invalidez, enuncia como uno de sus componentes *“la suma adicional que sea necesaria para completar el capital que financie el monto de la pensión”* y el Decreto 1161 de 1994 en sus artículos 15 y siguientes regula la obligación del pago de primas de seguros previsionales, el margen de solvencia y la facultad de contratación con las aseguradoras ya directamente por el fondo o por conducto exclusivo de intermediarios de seguros; para la Sala resulta claro que la entidad aseguradora, llamada en garantía no es solidaria con el fondo demandado en lo que atañe con el pago de la pensión de sobrevivientes, sino únicamente de asumir de la obligación legal de sufragar la suma adicional que le corresponde, conforme lo contratado en la póliza N° 5030-0000002-01 del 22 de diciembre de 2004.

En este entendido, su responsabilidad como garante, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 77 y 108 de la Ley 100 de 1993, llega hasta el cubrimiento de la suma adicional que sea necesaria para completar el capital que financie el monto de la pensión de sobreviviente de la demandante, más en manera alguna, puede extenderse al pago de una sanción moratoria imputable a la demora injustificada en el reconocimiento de la prestación a cargo de la administradora.

Costas

Estima la Sala que no hay lugar a absolver a la demandada 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, el fondo resultó derrotado, tanto de la demanda inicial, como del llamamiento en garantía que formuló

en contra de la aseguradora Seguros Bolívar S.A.; pues además de declararse la procedencia de los intereses moratorios a su cargo, no prosperaron sus pretensiones del llamamiento. En consecuencia, la sentencia se mantendrá en cuanto ordenó a Colfondos S.A. a pagar las costas del proceso.

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 marzo de 2022, por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C.

SEGUNDO: No se causan costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado

Radicación n.º 110013105 038 2019 00419 01.


ÁNGELA/LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada

038 2019 00419 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 2020 00451 01.
DEMANDANTE: CECILIA GUZMAN DE MARTÍNEZ
DEMANDADO: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN
PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES
DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP.
**LITIS CONSORTE
NECESARIO:** ISABEL ÁVILA SILVA

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

SENTENCIA

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la demandante y la Litis consorte necesario, contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 11 de febrero de 2022.

I. ANTECEDENTES

La accionante pretendió que se declare como beneficiaria del 100% de la pensión de sobrevivientes de su esposo fallecido Miguel Ángel Martínez Granados (q.e.p.d.); en consecuencia, se condene a la demandada, a reconocer y pagar de manera retroactiva a partir del 12 de abril de 2019, la pensión de sobrevivientes, con los reajustes legales, mesadas ordinarias y adicionales debidamente actualizadas; indexación; lo ultra y extra *petita* y, las costas.

De manera subsidiaria, en caso de que la tercera llamada al proceso, señora Isabel Ávila Silva, llegare a demostrar algún derecho proporcional sobre la pensión, solicitó se declare a la demandante beneficiaria de la

pensión de sobrevivientes dejada por el causante en la cuota parte proporcional que le corresponda y; así se reconozca y pague la prestación, de manera retroactiva a partir del 12 de abril de 2019; la indexación de las mesadas ordinarias y adicionales; lo ultra y extra *petita* y; las costas procesales.

En respaldo de sus pretensiones, narró que el señor Miguel Ángel Martínez Granados falleció el 12 de abril de 2019; encontrándose pensionado por la UGPP mediante la Resolución N° 0649 del 25 de octubre de 1996. Aduce la demandante que contrajo matrimonio por el rito católico con el causante el 11 de marzo de 1964; fijaron su domicilio en diferentes ciudades del país, inicialmente Bogotá, en Armero, Ibagué, Neiva, Cali y finalmente en la ciudad de Armenia, donde éste falleció; de esa unión, se procrearon cuatro hijos: Carlos Alberto, Liliana Jeannette, Isabel Cristina y Miguel Ángel Martínez Guzmán. Aduce que liquidaron su sociedad conyugal mediante escritura pública 1358 del 12 de noviembre de 1996, emitida por la Notaria 6ª del Circuito de Ibagué – Tolima y; mediante sentencia del 23 de marzo 2012, el Juzgado 2º de Familia decretó la cesación de los efectos civiles del matrimonio. Aproximadamente en el año 2013, decidieron retomar su vida en pareja, compartiendo techo, lecho y mesa, brindándose auxilio mutuo, acompañamiento espiritual permanente, apoyo económico y vida en común, fijando su domicilio y residencia nuevamente en la ciudad de Armenia y, contrajeron matrimonio nuevamente, por el rito civil, el 26 de abril de 2018.

Manifiesta que, atendiendo su arraigo familiar, el causante viajaba con frecuencia a la ciudad de Valledupar – Cesar, con el propósito de visitar a sus familiares radicados allí, pero siempre regresaba a Armenia. Que, en atención a sus viajes y a su condición de salud, el causante otorgó un poder especial a su esposa, a través de la escritura N° 413 del 1º de marzo de 2019 de la Notaría Quinta del Círculo de Armenia, en el que dejó plasmado su estado civil de casado con sociedad conyugal vigente con la aquí demandante y dejó constancia de que su domicilio estaba fijado en la ciudad de Armenia. Indica la demandante que, no ostentaba la condición de beneficiaria en salud del causante, en razón a que se encuentra pensionada y de su mesada le es descontado el servicio de salud.

Arguye que era ella quien atendía al causante, le preparaba sus alimentos, le arreglaba la ropa, estaba pendiente de su salud y fue quien lo acompañó en su lecho de muerte y últimos días de vida. Para el mes de abril de 2019, fue ella quien asistió al causante en la enfermedad y, era la persona autorizada para visitarlo en la Clínica de la Sagrada Familia. El señor Miguel Ángel Martínez Granados (q.e.p.d.), falleció en la ciudad de Armenia - Quindío, en compañía y bajo los cuidados de su esposa y de su hijo Carlos Alberto Martínez Guzmán.

El 27 de enero de 2017, el causante tomó un seguro de vida con la aseguradora Cardif Colombia Seguros Generales S.A., en el cual registró como beneficiarios a la aquí demandante en calidad de cónyuge y a su hijo Carlos Alberto Martínez, cada uno con un 50% del beneficio. La demandante se encuentra afiliada a COOMEVA desde el 11 de julio de 2003, y su difunto esposo era su beneficiario; razón por la cual, la cooperativa le pagó el auxilio por el fallecimiento de su cónyuge; así mismo, la Asociación Nacional de Pensionados de la Caja Agraria, le canceló en su calidad de cónyuge, la suma de \$900.000, por concepto de auxilio por defunción del causante y; en la misma calidad, la Caja Cooperativa Credicoop, le canceló la suma de \$626.526 por concepto de remanentes de ex afiliados, en razón al fallecimiento del causante.

En su calidad de cónyuge superviviente, reclamó la sustitución pensional ante la UGPP; de la misma manera se presentó a reclamar la pensión la señora Isabel Ávila Silva, alegando su calidad de compañera permanente; por lo que la UGPP negó la prestación mediante Resolución RDP 022064 de julio de 2019. Contra esta decisión se interpusieron los recursos de ley, los que fueron resueltos indicando que es la justicia ordinaria la que debe decidir a quién corresponde el derecho (fls. 5 a 17¹).

Al contestar, la UGPP se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Aceptó la data de deceso del causante, la reclamación de la pensión por la señora Isabel Ávila Silva alegando su calidad de compañera permanente, la

¹ Expediente digital/Carpeta: 03SubsanacionDemanda20210514//Archivo: DEMANDA DEF (1)

resolución que negó el reconocimiento de la prestación y, la resolución de los recursos, indicando que es la justicia ordinaria quien debe decidir la titularidad del derecho. Manifestó que los demás hechos no son ciertos o no le constan. Propuso las excepciones de mérito que denominó *“Inexistencia de la obligación de reconocer y pagar una pensión de sobrevivientes por incumplimiento del lleno de los requisitos legales - la demandante no ostenta la calidad de beneficiaria de la pensión de sobrevivientes”*, *“No se logró probar por la demandante el requisito de convivencia de conformidad con lo establecido en el artículo 13 de la ley 797 de 2003, que modificó el artículo 47 de la Ley 100 de 1993”*, presunción de legalidad de los actos administrativos expedidos por la entidad de pensiones, buena fe, prescripción y, las demás declarables de oficio.

En su defensa señaló que la pensión de sobrevivientes fue reclamada por parte de la señora Cecilia Guzmán de Martínez en calidad de cónyuge y por la señora Isabel Ávila Silva en calidad de compañera permanente, sin que se acredite el presupuesto del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, que modificó el 47 de la Ley 100 de 1993, esto es, el requisito de convivencia de forma ininterrumpida durante los últimos 5 años anteriores al fallecimiento con el causante, para determinar la existencia del derecho reclamado (fls. 1 a 12²).

Por auto del 8 de junio de 2021, se dispuso vincular como litis consorte necesaria a la señora Isabel Ávila Silva (archivo 04³), quien al dar contestación, manifestó oponerse a todas las pretensiones de la demanda. Aceptó, la data de fallecimiento del *de cujus*, el status de pensionado que ostentaba, el vínculo matrimonial de 1964 que lo unía con la demandante encontrándose disuelto por divorcio con anterioridad a la muerte del pensionado, la liquidación de esa sociedad conyugal, el segundo contrato matrimonial, la reclamación de la prestación y, los actos administrativos de su negativa por parte de la UGPP. Manifestó que no son ciertos o no le constan los demás. No propuso excepciones.

² Expediente digital/Carpeta: 07Contestacion UGPP 20210708//Archivo: CONTESTACION DE LA DEMANDA PROCESO 2020-451 CECILIA GUZMÁN DE MARTÍNEZ

³ 04AutoAdmite20210527

Para enervar las pretensiones, manifestó que ella y el señor Martínez Granados (q.e.p.d.) vivían en unión en marital de hecho desde el 5 de diciembre de 2010 hasta la fecha de muerte de aquel, con domicilio en la ciudad de Valledupar; que dependía económicamente del causante y que durante todo el tiempo de convivencia compartieron cama, lecho y techo y fueron un socorro; por lo que solicitó que se tuviera a ella como beneficiaria del 100% de la pensión de sobreviviente dejada por el *de cujus*. Adujo que el lugar del deceso ocurrió en la ciudad de Armenia, porque allí llevaba su tratamiento de salud y no por su propia voluntad; que los documentos firmados en favor de la demandante de manera indiscriminada, ocurrieron en el periodo que estuvo convaleciente en delicado estado de salud, inclusive la póliza de seguro de vida, lo que hace prever un posible aprovechamiento de la incapacidad mental que sufría, porque su enfermedad limitaba su voluntad (fl. 1 a 6⁴).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 11 de febrero de 2022, absolvió a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP de todas las pretensiones incoadas por la demandante y la tercera interviniente (archivo 17).

Como sustento de su decisión, señaló que pese a estar acreditadas las condiciones de cónyuge y compañera permanente supérstites, ninguna de las reclamantes demostró haber convivido con el causante dentro de los 5 años inmediatamente anteriores al deceso; sin que, en el caso de la demandante, sea dable sumar el vínculo conyugal vigente entre 1964 y 2012, al haberse liquidado, disuelto y cesados sus efectos civiles. Tampoco se predica convivencia simultánea, al no cumplirse los presupuestos del inciso final del artículo 13 de la Ley 797 de 2003.

⁴ Expediente digital/Carpeta: 11SubsanacionContestacion20210819 //Archivo: MEMORIAL SUBSANANDO CONTESTACIÓN DEMANDA proceso ORDINARIO LABORAL seguido por CECILIA GUZMAN DE MARTINEZ contra U.G.P.P.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes, la demandante y la tercera interviniente, recurrieron la decisión.

La demandante, aduce que tiene derecho a reclamar la pensión dejada por su esposo fallecido, así sea en una cuota parte proporcional, por el solo hecho de tener vigente un vínculo matrimonial para la fecha del fallecimiento del pensionado, esto, por tratarse de una persona de la tercera edad, en aplicación del artículo 47 de la ley 100 del año 1993 en su literal b, modificado por el artículo 13 de la ley 797 del 2013. Aduce que, mantuvo vigente su vínculo como pareja y el auxilio mutuo, acompañamiento espiritual permanente, apoyo económico y vida en común, pese a que existían periodos de separación impuesta por un arraigo familiar.

Por su parte, la llamada a juicio Isabel Ávila Silva, reprochó la absolución, como quiera que fue demostrado, tanto por su declaración como por las declaraciones de sus testigos, la unión marital de hecho que la unió con el causante, desde el año 2010 hasta la fecha de su fallecimiento. Que éste tuvo que viajar en febrero del año 2019 a tratamiento médico a la ciudad de Armenia; por tanto, la demandante todo el tiempo utilizó maniobras para que éste estuviera y poder acomodar las pruebas para recibir una pensión, como realizar un nuevo vínculo matrimonial; vínculo que no terminó con la unión marital de hecho habida entre el *de cuius* y la señora Ávila Silva.

IV. CONSIDERACIONES

Corresponde a esta Sala definir si Cecilia Guzmán de Martínez en calidad de cónyuge supérstite y/o, Isabel Ávila Silva en condición de compañera permanente supérstite, tienen derecho a sustituir la pensión que disfrutaba Miguel Ángel Martínez Granados (q.e.p.d.).

Para resolver el problema jurídico debe precisarse que se encuentra al margen de la discusión en esta instancia que mediante Resolución N.º 00649 de 25 de octubre de 1996, la extinta Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, reconoció al señor Miguel Ángel Martínez Granados (q.e.p.d.), pensión de jubilación, en cuantía inicial de \$363.326, a partir del 4 de septiembre de 1996, reajustada en cuantía inicial de \$427.688,66, mediante Resolución 01078 de 25 de noviembre de 1996 (expediente administrativo, fls. 127 a 130 y 138 a 139).

Conviene precisar que la norma aplicable a efectos del reconocimiento pensional es la que se encuentra vigente para la fecha en que se produce la muerte del afiliado o pensionado. Así lo ha adoctrinado la Sala Laboral de la Corte Suprema de justicia, entre otras, en sentencia SL10146-2017, reiterada en SL450-2018, en la que indicó:

Sobre este punto, la jurisprudencia de esta Sala, de manera reiterada y pacífica, ha sostenido que la norma aplicable en materia de pensión de sobrevivientes es la que se encuentra vigente al momento del fallecimiento del afiliado o del pensionado, pues justamente este beneficio prestacional busca amparar o proteger al núcleo familiar del riesgo de muerte, de suerte que no puede remitirse el fallador a una normatividad posterior o futura, pues el artículo 16 del C.S.T. dispone expresamente que las normas del trabajo, al tener efecto general inmediato, no producen consecuencias retroactivas, es decir, no pueden afectar situaciones ya definidas o consumadas conforme a leyes anteriores.

En el presente caso, Miguel Ángel Martínez Granados (q.e.p.d) falleció el 12 de abril de 2019, según consta en registro civil de defunción (fl. 50⁵); por lo que la prestación debe ser estudiada de conformidad con lo previsto en el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, que señala que tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca. A su vez, el literal a) del artículo 47 ibídem, indica que será beneficiario de la pensión de sobrevivientes en forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante tenga 30 o más años de edad. En caso que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, **deberán acreditar que**

⁵ Expediente digital/Carpeta: 03SubsanacionDemanda20210514//Archivo: DEMANDA DEF (1)

estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y que convivió con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte.

Dispone el inciso 2º del literal b) de la norma en comentario que, si respecto de un pensionado hubiese un compañero o compañera permanente con sociedad anterior conyugal no disuelta y derecho a percibir parte de la pensión, esta se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.

Al amparo de las anteriores reflexiones, pasa la Colegiatura a analizar si la demandante en calidad de cónyuge supérstite y/o la tercera interviniente, en calidad de compañera permanente supérstite, acreditan los requisitos para sustituir la pensión.

En este orden de ideas, si bien la ley concede dicho beneficio tanto a la cónyuge como a la compañera permanente, para determinar quién tiene derecho, es necesario establecer, en primer lugar, la convivencia efectiva con el causante al momento de su fallecimiento, además de la vida marital, ello por lo menos durante cinco años continuos, con anterioridad al deceso.

Para el efecto, la demandante allegó⁶: (i) copia del registro civil de nacimiento de Miguel Ángel Martínez Granados (q.e.p.d.), que da cuenta de la liquidación de la sociedad conyugal con escritura pública 1358 de nov. 12 – 1996, de la Notaría Sexta de Ibagué, Tolima, entre éste y Cecilia Guzmán de Martínez, así como, la cesación de efectos civiles del matrimonio católico mediante Sentencia N.92 del 23 de marzo de 2012, ante el Juzgado Segundo de Familia de Armenia, Quindío (fl. 48); (ii) copia de los registros civiles de los hijos de la pareja, Carlos Alberto, Isabel Cristina, Liliana Jeannette y Miguel Ángel Martínez Guzmán, que dan cuenta de su nacimiento el 15 de febrero de 1965, el 2 de septiembre de 1968 las dos mujeres y, el 13 de abril de 1971, respectivamente, (fl. 52 a 58); (iii) copia del registro civil de matrimonio celebrado entre la demandante y el *de cujus* el 26 de abril de 2018, documento libre de notas

⁶ Expediente digital/Carpeta: 03SubsanacionDemanda20210514//Archivo: DEMANDA DEF (1)

marginales de divorcio o liquidación de sociedad conyugal (fl. 60); *(iv)* declaración extra proceso rendida por Sandra Milena Bahos Piamba, Marcos Martínez Rodríguez, Cecilia Guzmán de Martínez y el causante, que dan fe del vínculo marital de la pareja desde 1964 y la convivencia a la fecha del fallecimiento (fls. 61 y 63); *(v)* póliza tomada el 27 de enero de 2017 por el causante, para un seguro de vida con la aseguradora Cardif Colombia Seguros Generales S.A., donde registra como beneficiarios a la demandante en calidad de cónyuge y a su hijo Carlos Alberto Martínez, por 50% a cada uno (fl. 66); *(vi)* escritura N° 413 del 1° de marzo de 2019 de la Notaría Quinta del Círculo de Armenia, mediante la cual el causante otorgó poder especial a la accionante en calidad de esposa (fls. 67 a 74); *(vii)* comprobante de pago N° 35300 del 12 de junio de 2019, del valor cancelado a la demandante, la suma de \$900.000, por concepto de auxilio por defunción del causante, por la ASOAGRO (fl. 102); *(viii)* comprobante de pago en efectivo N° 1005023 del 6 de diciembre de 2019, de la Cooperativa CREDICOOP, mediante la cual le canceló a la demandante en su calidad de cónyuge, la suma de \$626.526, por concepto de remanentes de exasociados, en razón al fallecimiento del causante (fl. 103); *(ix)* certificaciones expedida por COOMEVA el 15 de mayo de 2019 y el 23 de octubre de 2019, mediante la cual la cooperativa le pago a la accionante, el auxilio funerario por el fallecimiento de su cónyuge Martínez Granados (q.e.p.d.) (fls. 104 y 105) y; *(x)* autorización de visitas de la Clínica De La Sagrada Familia, para el paciente Miguel Ángel Martínez Granados, dada a la señora Cecilia Guzmán De Martínez, para los días 10 y 11 de abril de 2019 (fl. 18).

Pues bien, la promotora de este juicio, acredita la calidad de cónyuge supérstite, con sociedad conyugal vigente a la fecha de fallecimiento, no obstante, ello solo puede tenerse desde la data del segundo matrimonio, el 26 de abril de 2018, que es el que está libre de notas marginales de divorcio o liquidación de sociedad conyugal; pues en lo referente al primer vínculo, debe tenerse en cuenta que el mismo fue terminado legalmente mediante Sentencia de divorcio y cesación de efectos civiles del matrimonio católico N.92 del 23 de marzo de 2012, del Juzgado Segundo de Familia de Armenia, Quindío; y la sociedad conyugal fue debidamente liquidada, con escritura pública 1358 del 12 de noviembre de 1996, de la Notaría Sexta de Ibagué, Tolima.

Es así como, la calidad de cónyuge supérstite, no resulta suficiente para determinar su derecho al reconocimiento pensional, toda vez que, como ha sido decantado, debe acreditarse el requisito de convivencia con el pensionado por lo menos por 5 años continuos con anterioridad al fallecimiento. Ello, en razón a que el primer vínculo matrimonial, fue terminado en legal forma, disuelto y liquidada la sociedad conyugal, por lo que, a partir de ese momento todos sus efectos cesaron, perdiendo incluso, la aplicación del inciso segundo, literal b) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003.

Sobre este punto, ha dejado sentado la jurisprudencia de la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, que, mientras los compañeros permanentes deben demostrar el cumplimiento del requisito expresamente establecido en la norma, a favor del **cónyuge separado de hecho, con vínculo matrimonial vigente**, se acepta que los cinco años mínimos de convivencia puedan ser en cualquier tiempo, sin que sea necesario probar que durante ese lapso se conservó entre estos un vínculo afectivo, pues los deberes de la pareja subsisten, al margen de si se allanaron a ellos o no (CSJ SL4346-2015, SL6990-2016, SL1399 y SL1880 ambas de 2018, SL359-2021).

A este respecto, tiene adoctrinado la Alta Corporación que, para obtener la pensión de sobrevivientes, quien alega la calidad de cónyuge con vínculo matrimonial vigente y separación de hecho, el único requisito que debe acreditar es el de la convivencia efectiva durante los aludidos cinco años en cualquier tiempo, lo que tiene como finalidad proteger a quien desde el matrimonio aportó a la construcción del beneficio pensional, materializando el principio fundamental de la solidaridad, que se predica de quien acompañó al causante en una etapa de su vida y con quien hasta el momento de su muerte mantuvo el vínculo matrimonial vigente (CSJ SL1399-2018, reiterada en decisiones CSJ SL3785-2020, CSJ SL4477-2020, CSJ SL4499-2020, CSJ SL3693-2021, CSJ SL4920-2021, CSJ SL5069-2021, CSJ SL3246-2022, y CSJ SL3581-2022). Sin embargo, también ha explicado que ello está condicionado a la vigencia del vínculo

matrimonial, es decir, **que no haya habido divorcio**. Así, en sentencia CSJ SL1399-2018 indicó:

Por otra parte, la Corte ha clarificado que el referente que le permite al cónyuge separado de hecho o de cuerpos acceder a la pensión de sobrevivientes es la vigencia o subsistencia del vínculo matrimonial. Por lo tanto, otras figuras del derecho de familia, tales como la separación de bienes o la disolución y liquidación de la sociedad conyugal no son relevantes en clave a la adquisición del derecho.

Como se observa, esta Corporación es del criterio según el cual, para que el cónyuge supérstite pueda ser beneficiario de la pensión de sobrevivientes, es requisito indispensable la vigencia del vínculo matrimonial. Como en este caso la demandante recurrente se divorció del causante desde el año 1995, es claro que el Tribunal no cometió ningún error jurídico al concluir que no podía ser beneficiaria de la pensión de sobrevivientes reclamada.

A la par con lo dicho, cumple anotar que se tornan inanes todas las alegaciones que se plantean en relación con la causa de la separación de la recurrente y el causante, dado que, en todo caso, ante la extinción del vínculo conyugal por causa del divorcio, la señora Tovar perdió cualquier posibilidad de ser beneficiaria de la pensión de sobrevivientes de su ex esposo, Pastos Bolaños. También es importante clarificar que el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, que modificó el 47 de la Ley 100 de 1993, fue declarado exequible por la Corte Constitucional, en sentencia C-1035 de 2008, de manera que no existe ninguna razón para aplicar la excepción de inconstitucionalidad que echa de menos la censura.

De lo expuesto se sigue que, como en el sub judice Cecilia Guzmán de Martínez se divorció del pensionado el 23 de marzo de 2012, y liquidó su sociedad conyugal desde el 12 de noviembre de 1996, perdió cualquier posibilidad de ser acreedora de la pensión de sobrevivientes a la muerte de su esposo, en aplicación del artículo 47 de la ley 100 de 1993, literal b, modificado por el artículo 13 de la ley 797 de 2013 y, en virtud del nuevo vínculo conyugal, adquirido el 26 de abril de 2018, ese sí vigente para la data del deceso, tenía la carga de probar que luego del divorcio volvió a convivir con el causante como compañeros permanentes, al menos durante cinco años anteriores a la muerte.

Es así como, desde la demanda se afirmó que si bien liquidaron su sociedad conyugal desde 1996 y se decretó la cesación de los efectos civiles del matrimonio por sentencia del 23 de marzo 2012, aproximadamente en el año 2013 decidieron retomar su vida en pareja, compartiendo techo, lecho y mesa, brindándose auxilio mutuo, acompañamiento espiritual permanente, apoyo económico y vida en común, fijando su domicilio y

residencia nuevamente en la ciudad de Armenia, en donde acaeció el deceso y, contrajeron matrimonio nuevamente por el rito civil, el 26 de abril de 2018.

Bajo este entendimiento, ha de tomarse en consideración la real convivencia de la pareja, basada en la existencia de lazos afectivos y el ánimo de brindarse apoyo y colaboración, pues en el derecho a la sustitución pensional, la ley concede especial relevancia a la convivencia responsable y efectiva al momento del óbito.

Al absolver interrogatorio de parte, la promotora del juicio aceptó que liquidó la sociedad conyugal con el señor Miguel Martínez (q.e.p.d.), en el año 1996 y, cesó los efectos civiles del matrimonio por sentencia del 23 de marzo de 2012, arguyendo que lo fue por motivos de infidelidad. Vivían en Armenia; salían a pasear, hacían mercado. Que el señor murió de un cáncer de próstata, en la clínica la sagrada familia; le tenían enfermeras y, ellos estaban también muy pendientes, lo acompañaban hasta las 11:00 de la noche. El *de cuius*, en vida, se ausentaba de Armenia, al principio por asuntos de trabajo y después que se pensionó se fue a vivir a Valledupar, pero iba y volvía a la casa en donde vivían por cierto tiempo. Retomaron la convivencia cuando se volvieron a casar. Manifiesta que siempre iba y volvía y finalmente, se fue a Valledupar, pero se llamaban y estaban pendientes, pasaba temporadas en Valledupar y otros periodos en Armenia con ella. Afirma que, en su vida juntos, primero vivieron en Armero, luego Neiva y finalmente en Bogotá, en donde nacieron sus hijas gemelas y, después regresaron para Armero los 2. Cuando él estuvo hospitalizado en Valledupar, ella no fue porque no sabía.

Igualmente, se recibieron los testimonios de Carlos Alberto Martínez Guzmán y Yormary Raigozo Ávila. El primero, hijo de la demandante y el causante, manifestó que su padre siempre estuvo al lado de su madre representando esa figura de esposo; vivieron en diferentes ciudades, siempre se mantuvo una relación de unión familiar; en algún momento hubo una separación por las infidelidades de aquel, no obstante, su padre nunca se desvinculó del hogar ni como padre ni como esposo; nunca hubo una desvinculación familiar realmente; luego nuevamente se unieron por

matrimonio civil. El causante siempre iba y venía de Valledupar, pero debido a que era oriundo de allá y tenía familia en Valledupar. Después de casarse por segunda vez, estuvo en Armenia, donde permaneció y, se le dio atención médica. Afirma que el causante le manifestó que en Valledupar tenía arrendada una habitación y que tenía una persona que le hacía el aseo y arreglo de ropa y en alguna oportunidad le dijo que era una señora de nombre Isabel. Recalca que la relación entre sus padres nunca cesó, aún mientras estuvieron legalmente separados. Después del matrimonio su padre se quedó una temporada larga en Armenia, ya estaba enfermo, se le dio toda la atención médica y, viajó a Valledupar como a los 8 o 9 meses; en esa ocasión duró como un mes y medio. Su madre no iba a Valledupar porque el *de cuius* no lo permitía porque es delicada de salud.

Yormary Raigozo Ávila, indicó ser auxiliar de enfermería y conocer a la demandante porque llegó a trabajar con ellos, aproximadamente a mitad del año 2017, para atender a una tía de la señora; fecha para la cual allí vivían la demandante, su esposo el señor Miguel Ángel Martínez, su hijo Carlos Alberto Martínez y la tía de doña Cecilia que era la señora que atendía. El causante vivía con la demandante, viajaba a Valledupar y luego regresaba a convivir con su esposa. Siempre los veía juntos, salían, mercaban, compartían, eran una pareja muy normal de esposos y siempre estaban juntos. Cuando él empezó a enfermarse estuvo en el apartamento más tiempo, por un lapso más largo y, fue la testigo quien pasó a atenderlo. En el 2018 le hicieron unas cirugías, luego mejoró, viajó a Valledupar, se enfermó allá y, llamó a su hijo para que le comprara el pasaje y lo recibiera al aeropuerto. Durante el año 2017 al año 2019, el señor Martínez viajó a Valledupar como en 2 ocasiones. La última vez que viajó fue como en el mes de agosto 2018 y regresó en enero 2019. En el mes de diciembre de 2018 estuvo delicado de salud y estuvo en alguna clínica en Valledupar. Afirma que, en Armenia, doña Cecilia estaba muy pendiente de tomar las citas médicas, de llevarlo y traerlo al urólogo, a cirugía, a oncólogos, de hacerle todo el proceso paliativo.

Ahora bien, respecto de la señora Isabel Ávila Silva, quien alega su calidad de compañera permanente superviviente del causante, a su solicitud,

se recibieron los testimonios de Ofelia García Acosta, Carlos Humberto Amaya Ortiz y Meris Del Carmen Ospino Gómez.

La primera, manifestó conocer a la señora Ávila Silva, desde el año 2011, en Valledupar, cuando llegó a vivir en arriendo a una habitación en casa de la testigo, con el señor Miguel Ángel; que era él quien pagaba el arriendo. Allí vivieron juntos por 8 o casi 9 años. Lo sabe porque ella vivía en la misma casa. Indica que el causante se fue para Armenia cuando estuvo enfermo, que fue a un tratamiento, estuvo unos días allá y, regresó; la primera vez estuvo como 2 o 3 meses, después volvió a Valledupar, quedó en tratamiento y regresó, después se enfermó, lo tuvieron hospitalizado un poco más de un mes. Afirma que él no viajaba, empezó a viajar cuando se enfermó, aproximadamente en el año 2016, porque se puso en tratamiento, *“iba y venía”*, y tenía que ir a control a Armenia y, una vez que se enfermó en Valledupar, que estuvo grave; de ahí llegó otra vez a la casa y al poco tiempo se lo llevaron para Armenia, como a los 3 meses, supo que murió. El señor Miguel siempre fue quien asumió el pago del arriendo; cuando él muere, la señora Isabel se fue de la casa. Nunca tuvieron una reunión social en la casa; no le conoció alguna otra pareja sentimental; nadie nunca lo visitó. El señor Miguel no hacía nada; se la pasaba ahí en la casa, salía con Isabel. Las cosas que tenía en la habitación las retiró la señora Isabel; tenían un escaparate, la cama, televisor, *“lo que es normal”*.

Carlos Humberto Amaya Ortiz, indicó conocer a la señora Isabel Ávila desde el año 2009-2010, porque residía al frente de su casa, con sus hijos ya mayores. Que el señor Miguel Martínez siempre la visitaba y cuando formalizaron su relación, se fue con él a vivir a una casa que tenía un primer apartamento compartido; eso fue a principios de 2010 o en diciembre de 2009. Le consta que eran pareja porque les hacía los domicilios, y los veía, cuando iban a ver a los hijos de ella. Dice que como en el 2018 el señor Miguel Ángel estuvo en la clínica y él (testigo), le llevó cosas a ella a la clínica de alta complejidad; fue varias veces y, ella estaba con él allá sola. Manifiesta que la señora Ávila le dijo que los hijos de él lo llamaron se lo llevaron para Armenia, y que cuando le preguntó, ésta le dijo que no sabía nada, porque ya no tenía comunicación con él; eso fue

para el año 2019; después le dijo que los hijos le dijeron que había muerto y, que ellos le quitaron la comunicación, que le dijeron que no podía ir al sepelio porque no era del núcleo familiar. Indica que el señor Miguel Ángel no viajaba, y que viajó cuando el hijo se lo llevó para Armenia. Afirma que Isabel y Miguel Ángel eran marido y mujer, convivían juntos, siempre estaban juntos, ella vivía allá y dormía con él y él la mantenía. Ella tenía un puesto de jugos naturales en el centro, ella le contó que ahí se hicieron amigos y luego formalizaron la relación. El señor Miguel estaba muy pendiente hasta de los hijos de ella.

Finalmente, Meris del Carmen Ospino Gómez, dijo conocer a la señora Isabel porque tenía su negocio de venta de jugos al frente del negocio de ella, en Valledupar. Que allí llegaban, con el señor Miguel y se veían y compartían todas las tardes con la testigo. Llegaban juntos, si ella llegaba primero él llegaba después, salían derecho a almorzar siempre juntos, al éxito del centro de Valledupar; cuando la señora Isabel dejaba el lugar de trabajo, era porque el señor Miguel se enfermaba y ella tenía que estar con él en la clínica. Indica que cuando él se enfermó, se iba para “*su tierra*”, eso fue en el 2019, cuando se fue a despedir, porque se iba porque estaba enfermo. Aduce que la señora Isabel y Miguel Ángel (q.e.p.d.) vivían juntos; nunca los visitó, pero sí le consta porque aquella le contaba o a veces cuando a ella se le olvidaba algo, él llegaba atrás trayéndole lo que se le olvidaba.

Al rendir interrogatorio de parte, la señora Isabel Ávila Silva, indicó que convivió con el causante desde el 5 de diciembre de 2010 hasta la fecha en que él viajó a Armenia a un tratamiento médico de su operación, en el 2018; luego regresó a Valledupar en ese mismo año, para el 5 de agosto de 2018; tuvo una recaída el 6 de diciembre siguiente, lo internó en la clínica un mes completo, y salió el 6 de enero del 2019; había que hacerle un procedimiento en la clínica de Valledupar, de alta complejidad y, su hijo decidió que lo enviara a Armenia porque había sido operado allá por un urólogo que le había hecho una buena operación, por lo que lo envió por su salud. Para el mes de abril se produjo su deceso. Aduce que a él le quitaron el teléfono, en complicidad del hijo y la señora Cecilia, para que no hablara con ella y, que fue el hijo del causante quien le informó

sobre la muerte. Afirma que el domicilio lo tenía en Valledupar, su historia clínica, de laboratorios desde el 2012 hasta el 2019, fue allá, el extracto de tarjeta, laboratorios clínicos, envíos de giros; que, en su decir, demuestran que estuvo radicado y vivía bajo el mismo techo, lecho y mesa con ella. Dice que vivieron en el barrio Los Cojos, con los hijos de ella, ahí convivieron un mes, y en el 2011, se trasladaron al Barrio San Jorge en arriendo, hasta el 17 de febrero de 2019, cuando él viajó a Armenia, a donde su hijo; allá nunca lo acompañó. Él viajó a Armenia a su tratamiento y operación, allí estuvo 7 meses, entre el 17 de diciembre de 2017 y el 5 de agosto de 2018, volvió a Valledupar, y allí estuvo hasta el 17 de febrero de 2019. Dice que él le pagaba arriendo, le compraba todo, corría con sus gastos. No la afilió como beneficiaria a su EPS, porque ella no quiso, porque perdería los beneficios que tenía en el Sisben.

La interviniente además aportó: (i) copia de la historia clínica del señor Miguel Ángel Martínez Granados (q.e.p.d.), de las atenciones médicas realizadas en Valledupar, así 1. Por hospitalización del 30 de diciembre de 2018 al 6 de enero de 2019, (fls. 9 a 16); 2. La atención del 28 de noviembre de 2017, donde firma como familiar la señora Isabel Ávila (fl. 18 a 19) y; 3. Un ingreso por urgencias del 24 de noviembre de 2014, donde también aparece la señora Ávila como responsable (fl. 20); (ii) copias de giros de dinero realizados por el señor Martínez Granados desde la ciudad de Armenia, a través de *Efecty*, a la señora Isabel Ávila Silva, entre el 27 de diciembre de 2017 y el 15 de junio de 2018 (fls. 21 a 31); (iii) factura de compra de nevera en almacenes éxito de la ciudad de Valledupar, del 20 de octubre de 2016, a nombre del causante (fl. 32) y; (iv) declaración extra juicio rendida por la señora Carmen Rosa Gámez Villalba, dando fe de la convivencia por 8 años de la señora Ávila y el señor Martínez Granados, hasta el último día de su fallecimiento (fl. 35)⁷.

De las pruebas allegadas, analizadas en conjunto, bajo el criterio de la sana crítica, no se puede colegir el cumplimiento de los requisitos

⁷ Expediente digital/Carpeta: 11SubsanacionContestacion20210819 // Archivo: MEMORIAL SUBSANANDO
CONTESTACIÓN DEMANDA proceso ORDINARIO LABORAL seguido por CECILIA GUZMAN DE MARTINEZ contra U.G.P.P.

reseñados en la normatividad que regula la materia, por quienes pretenden la pensión de sobrevivientes.

En efecto, aun cuando se puede establecer que Cecilia Guzmán de Martínez logró acreditar su calidad de cónyuge supérstite y, que pudo convivir con el causante durante varios años, lo cierto es que no logró demostrar dicho requisito dentro de los 5 años anteriores a su deceso, así como tampoco se aprecia que los lazos familiares entre la pareja siguieran vigentes, durante el tiempo que permanecieron legalmente separados.

Es así como, la prueba testimonial carece de suficiente fuerza probatoria para demostrar la tesis de la demandante, en tanto que, por un lado, el dicho de la señora Yormary Raigozo Ávila, si bien es concreto en afirmar la convivencia de la pareja, no va más allá de mediados del año 2017, cuando llegó a trabajar a esa casa. De otra parte, aun cuando Carlos Alberto Martínez Guzmán, afirmó que su padre nunca se desvinculó realmente del hogar ni como padre ni como esposo, también afirma que en algún momento hubo una separación por las infidelidades de aquel y que el causante siempre iba y venía de Valledupar.

Nótese que los testigos y la declaración de la propia demandante, son coincidentes en afirmar que el señor Martínez Granados (q.e.p.d.) viajaba permanentemente a Valledupar; y si bien, tanto la demandante como su hijo, afirman que siempre se mantuvo la relación, es importante resaltar que fue la misma actora quien indicó que el señor después que se pensionó se fue a vivir a Valledupar y allí pasaba temporadas, encontrando que el mencionado señor, fue pensionado por la UGPP mediante la Resolución N° 0649 del 25 de octubre de 1996; fecha que además, resulta coincidente con la época en que se efectuó la liquidación de la sociedad conyugal del primer vínculo matrimonial, que data del 12 de noviembre de 1996; aunado a que con el expediente administrativo, fueron allegados documentos en los que el causante manifestaba estar domiciliado en Valledupar, tales como el certificado de fe de vida del 4 de abril de 2001, ante la Notaría Tercera del Círculo de Valledupar, Cesar (fl. 152), así como, los poderes otorgados a abogado para reclamación de algunos derechos ante el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, la Caja Agraria y, al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, que datan de 10 diciembre de

2001, así como las consecuentes reclamaciones fechadas de abril de 2002 (fl. 157 a 172); lo que hace ver interrumpida la convivencia, incluso desde el año 1996.

De los dichos de los testimonios, solo se deriva que el causante viajaba permanentemente entre Valledupar y Armenia, sin resultar realmente específicos en el tiempo que permanecía en cada lugar. Aunado a que no se explica esta Sala, las razones por las cuales ni su esposa, ni ningún otro miembro de su familia lo acompañó nunca durante su permanencia en Valledupar, en donde manifiestan que vivía solo y que iba a visitar a familiares, sin indicar a quienes, más allá de la dudosa respuesta del hijo en su testimonio al mencionar el nombre de una prima del causante. También genera un alto grado de duda, el hecho que la señora Guzmán de Martínez, indicó que el *de cuius* se fue a Valledupar, pero iba y volvía a Armenia por cierto tiempo y que se llamaban y estaban pendientes, empero, cuando él estuvo hospitalizado en Valledupar, ella manifestó que no fue a acompañarlo porque no sabía.

Adicionalmente, del dicho de los deponentes traídos por la tercera interviniente, fueron coincidentes en afirmar que el señor Martínez Granados (q.e.p.d.), convivió con la señora Isabel Ávila Silva en Valledupar, desde el año 2010-2011, y que casi no viajaba, y que solo empezó a viajar con destino a Armenia a partir del momento en que enfermó, aproximadamente entre 2016-2018.

De otro lado, las pruebas allegadas con la demanda, tampoco permiten acreditar el requisito analizado, nótese que tener un matrimonio disuelto, con sociedad conyugal liquidada, o hijos en común, solo son indicativos de que existió un vínculo de relación de pareja por muchos años y, el nuevo matrimonio ocurrido en el año 2018, así como los reconocimientos económicos entregados en calidad de cónyuge supérstite, en manera alguna permiten establecer con certeza que la convivencia no se haya interrumpido en el lapso por el cual estuvieron legalmente separados.

Es cierto que fue aportado al expediente copia de los registros civiles de los hijos de la pareja, Carlos Alberto, Isabel Cristina, Liliana Jeannette

y Miguel Ángel Martínez Guzmán, que dan cuenta de su nacimiento el 15 de febrero de 1965, el 2 de septiembre de 1968 las dos mujeres y, el 13 de abril de 1971, respectivamente, (fl. 52 a 58⁸); así como copia del registro civil de nacimiento de Miguel Ángel Martínez Granados (q.e.p.d.), que da cuenta de la liquidación de la sociedad conyugal con escritura pública 1358 de nov. 12 – 1996, de la Notaría Sexta de Ibagué, Tolima, entre éste y Cecilia Guzmán de Martínez, así como, la cesación de efectos civiles del matrimonio católico mediante Sentencia N.92 del 23 de marzo de 2012, ante el Juzgado Segundo de Familia de Armenia, Quindío (fl. 48⁹); documentos que dan cuenta de la existencia de la relación conyugal por muchos años; empero lo anterior, también dejan ver que el primer vínculo matrimonial dejó de estar vigente por divorcio, desde marzo de 2012.

Ahora bien, respecto de la señora Isabel Ávila, si bien también logró demostrar que convivió con el causante por un tiempo, desde el año 2010 o 2011, no logra acreditar que dicha convivencia se haya extendido más allá del 2018, esto es, con un año de anterioridad a la fecha del deceso; y aun cuando se aduce que ello ocurrió en atención a su salud, puesto que debía desplazarse a la ciudad de Armenia para recibir un mejor tratamiento médico, ello no fue demostrado, sin que pueda aceptarse que la convivencia se haya interrumpido por estas circunstancias de fuerza mayor y que el vínculo afectivo haya continuado pese a la distancia, pues tal situación queda desvirtuada, precisamente al observar que el *de cujus*, contrario a dar demostraciones de afecto y ánimo de vida en común con su compañera permanente, procedió a contraer nuevas nupcias con su anterior esposa, la señora Cecilia Guzmán, el 26 de abril de 2018; fecha que resulta coincidente también con la época en que ocurrieron los últimos envíos de dinero por parte del causante a la señora Ávila Silva, que como quedó visto, no van más allá de junio de 2018; aunado a que es ella misma quien manifiesta que no viajó ni durante su enfermedad y, ni siquiera al funeral, en razón a que la familia del señor le dijo que ella no hacía parte del núcleo familiar, lo que hace presumir, que ésta aceptaba la existencia de una familia alterna del señor, con quien pasó sus últimos tiempos de vida y, no que su ausencia durante ese periodo hubiere

⁸ Expediente digital/Carpeta: 03SubsanacionDemanda20210514//Archivo: DEMANDA DEF (1)

⁹ *Ibidem*

obedecido a causas ajenas o de fuerza mayor, que le hubieren impedido estar con él acompañándolo física, moral y espiritualmente, como correspondería en calidad de compañera permanente, para que se verifique el auxilio mutuo y la comunidad de vida al momento de la muerte.

Y es que contrario a lo que afirma la interviniente recurrente, el nuevo matrimonio sí desvirtúa el vínculo de compañeros permanentes y lo interrumpe, no solo por el acto del matrimonio en sí mismo, sino porque no logra acreditarse una convivencia simultánea en el último año de vida del occiso, sino por el contrario, todos los elementos probatorios allegados, no dan cuenta más allá de junio de 2018 e, incluso mucho antes, del ánimo de convivencia con la señora Ávila Silva y, por el contrario, sí da cuenta de este ánimo con la señora Guzmán de Martínez; ello si se tiene en cuenta las documentales del registro civil de matrimonio celebrado entre la demandante y el *de cujus* el 26 de abril de 2018 (fl. 60), el seguro de vida tomado por el causante el 27 de enero de 2017 en favor de su después legítima esposa (fl. 66), así como, el poder especial otorgado por el causante a la accionante en su calidad de esposa, mediante escritura N° 413 del 1° de marzo de 2019 de la Notaría Quinta del Círculo de Armenia (fls. 67 a 74)¹⁰; instrumentos todos estos que demuestran los actos que materializó el causante en sus dos últimos años de vida, reconociendo plenamente a la señora Cecilia Guzmán como su esposa.

Lo anterior resulta coincidente con el dicho de los testigos traídos por la propia interviniente y la declaración de ella misma, quienes al unísono afirmaron que el *de cujus*, sí convivió con la señora Ávila Silva, desde el año 2010 - 2011, en Valledupar, pero que se fue para Armenia cuando enfermó, para un tratamiento médico, lo que ocurrió aproximadamente en el año 2017; y aunque aducen que “*iba y venía*”, entre Armenia y Valledupar, lo cierto es que, fue la misma señora Ávila quien indicó que convivió con el causante hasta la fecha en que él viajó a Armenia a un tratamiento médico, que el señor permaneció allí 8 meses, regresó a Valledupar en donde estuvo internado en la clínica y, cuando salió, se regresó para Armenia, donde no volvió a tener comunicación con

¹⁰ Expediente digital/Carpeta: 03SubsanacionDemanda20210514//Archivo: DEMANDA DEF (1)

él y, posteriormente se enteró que falleció; lo que corroboró el señor Carlos Humberto Amaya, quien al contar que cuando preguntó por el señor Miguel porque no lo volvió a ver, la señora Ávila Silva le dijo que “*no sabía nada, porque ya no tenía comunicación con él*” y, después le dijo que los hijos le dijeron que había muerto.

Y aun cuando Yormary Raigozo Ávila, testigo traída por la demandante, aseguró que la última vez que el hoy occiso viajó a Valledupar, fue para el mes de agosto 2018 y regresó en enero 2019, lo que resulta coincidente con el dicho de la tercera interviniente, ello eventualmente sólo podría dar fe de 5 meses de convivencia en los últimos 2 años de vida del *de cuius*, lo que no resulta suficiente para acreditar el requisito mínimo de convivencia.

De conformidad con las consideraciones expuestas, ni la accionante Cecilia Guzmán de Martínez, ni la tercera interviniente, Isabel Ávila Silva, cumplieron el deber que impone el artículo 167 del Código General del Proceso aplicable por remisión expresa del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, pues no aportaron los medios probatorios que lleven a la certeza de que en calidad de cónyuge y compañera permanente, respectivamente, convivieron con el pensionado, al menos durante los cinco años inmediatamente anteriores a su deceso.

En consecuencia, tal como concluyó el a quo, no tienen derecho a sustituir la pensión que en vida le fue reconocida a Miguel Ángel Martínez Granados (q.e.p.d.); por lo que se confirmará la decisión absolutoria de primera instancia.

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 Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá D.C.

SEGUNDO: Sin COSTAS en la alzada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

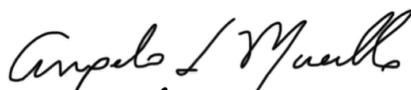
Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado

ACLARO VOTO



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 038 2021 00568 01
DEMANDANTE: GABRIEL ANTONIO MEDINA DURAN
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 julio de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por las demandadas Colpensiones y Porvenir contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 25 de abril de 2023. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

El accionante pretendió que se declare la ineficacia del traslado y de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuado a través de la AFP Porvenir S.A. En consecuencia, se ordenó el traslado del demandante al Régimen de Prima Media y el giro de todo el ahorro, junto con los rendimientos causados que posee en el fondo privado a Colpensiones y; a ésta última, a recibir nuevamente al accionante. Así mismo, se condene a las demandadas el pago de las costas y agencias en derecho y, a lo ultra y extra *petita*.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 13 de abril de 1957; se afilió al régimen de prima media a través del ISS por intermedio del Instituto Nacional de Radio y Televisión permaneciendo 6 años. El 22 de diciembre de 1996, se trasladó al régimen de ahorro individual con

solidaridad a través de la AFP Porvenir S.A. Afirma que el fondo privado no le brindó información precisa donde pudiera tomar una decisión acertada respecto al traslado; le ofreció la garantía de pensionarse en cualquier momento o que podría retirar la totalidad del dinero que poseía en la cuenta de ahorro individual o pensión; no le proporcionó información precisa, oportuna, concreta sobre las ventajas o desventajas de permanecer en el régimen pensional y tampoco le efectuó un estudio sobre la permanencia en este régimen. Asegura que, de acuerdo con la simulación pensional realizada por Porvenir, la mesada pensional sería superior en el RPM. Elevó petición de traslado de régimen ante las demandadas, obteniendo respuesta negativa (expediente digital, archivo 03, fls. 7 a 33).

Al dar contestación, Colpensiones se opuso a las súplicas de la demanda en su contra. Admitió la petición elevada con su respectiva respuesta. 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 24 años en que ha realizado cotizaciones a ese régimen; el accionante 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 digitalarchivo 07, fls. 3 a 24).

La AFP Porvenir se opuso al éxito de las pretensiones. Admitió la data de nacimiento del demandante, la afiliación con esta AFP, la petición elevada con su respectiva respuesta y la simulación pensional realizada. Frente a los demás hechos manifestó no constarle o no ser 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 de hacerlo (expediente digital, archivo 06. fls. 1 a 25).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo del 25 de abril de 2023 (expediente digital, archivo 13), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación verificada por el señor Gabriel Antonio Medina Duran con destino A.F.P. Porvenir S.A. con ocasión de la suscripción del formulario de afiliación el 22 de diciembre de 1998. 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. Porvenir S.A., que conjunta y coordinadamente adelanten las gestiones administrativas y financieras tendientes a retornar con destino al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por Colpensiones, al demandante, así como los recursos sufragados con destino al RAIS por cuenta de éste, durante el tiempo en que permaneció irregularmente vinculado 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

_____ x VALOR HISTÓRICO = 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 pago o el aporte correspondiente de manera integral, y como índice final el del momento que se efectuó el traslado de los recursos con destino al Régimen de Prima Media con Prestación 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. Porvenir S.A., en proporción al tiempo al que estuvo afiliado el demandante a esta administradora, 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 luego de estos procedimientos, deberán ser girados con destino al fondo de solidaridad pensional, pues los mismos son producto de la administración de dineros del sistema general de pensiones, que solo pueden destinarse a este.

TERCERO: EXCEPCIONES. Dadas las resultas del juicio, el Despacho declara no probadas las propuestas, frente a 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 del 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 recurrieron la sentencia.

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 y la entidad actuó como un tercero de buena, siendo el fondo privado quien indujo a error al demandante. Se debe tener en cuenta que, así como recae el deber de información por parte de los fondos privados, de igual manera, es deber del afiliado informarse sobre el régimen pensional vinculado y, que con la permanencia al RAIS se acogió a las reglas de este.

Por su parte, la AFP Porvenir S.A. aduce 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 data 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; finalmente, que con el traslado de los rendimientos se afecta el patrimonio del fondo.

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 al régimen de prima media con prestación definida, cotizando al Instituto de Seguros Sociales desde el 08 de abril de 1993 hasta el 14 de abril de 1993 (expediente digital, archivo 07, fl. 395) y a la caja de previsión social de comunicaciones del 1 de abril 1994 al 31 de diciembre de 1998 (archivo 01, fl. 42). Migró al RAIS, a través de la AFP Porvenir S.A., mediante la suscripción de formulario de vinculación el 22 de diciembre de 1998 (expediente digital, archivo 06, fl. 72).

Al absolver interrogatorio de parte el demandante señaló que, en las dos últimas semanas de diciembre de 1998, hubo una reunión en su lugar de trabajo donde Porvenir les dio una charla en la cual les informaron que el ISS se iba acabar y que podían perder los aportes que tenían en dicho fondo; que les explicaron que en el fondo privado la pensión iba a ser mayor que en el público y que podían pensionarse con 1150 semanas.

Asegura que el asesor de Porvenir paso por su puesto de trabajo para que llenara el formulario y lo firmara, que después de ese trámite no volvió a saber de Porvenir. Aduce que el fondo no le informó sobre los aportes voluntarios, bono pensional o que la pensión podía ser heredada. Señala que se acercó faltando un año para cumplir la edad de pensión a las oficinas del fondo. Quiere retornar al RPM porque la mesada pensional que iba a recibir en el fondo privado era muy baja a las expectativas que le había asegurado Porvenir.

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 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 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., 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).

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 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 Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 25 de abril de 2023, para en su lugar disponer la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por el demandante, conforme quedo expresado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral **SEGUNDO** de la sentencia analizada, 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, los valores utilizados en seguros previsionales y, 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 040 2021 00441 01
DEMANDANTE: RUTH NELLY MENDEZ RODRIGUEZ
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS.

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

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por las demandadas Colfondos S.A. y Colpensiones, contra la sentencia proferida por el Juzgado Cuarenta Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 11 de mayo 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 efectuadas a través de la AFP Colfondos S.A. En consecuencia, se condene a la AFP Colfondos S.A. a autorizar y efectuar el traslado de la accionante, de igual manera, trasladar la totalidad de los aportes depositados en la cuenta de ahorro individual junto con los rendimientos, gastos de administración y bonos pensionales a Colpensiones y; a esta última, a admitir el traslado de la accionante y recibir todos los saldos e incorporar los periodos respectivos a la historia laboral. Así mismo, se condene a las demandadas a lo ultra y extra *petita*, y el pago de las costas y gastos del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 17 de marzo de 1967. Se afilió al sistema general de pensiones ISS, hoy Colpensiones el 18 de junio de 1986. Se traslado al RAIS el 27 de febrero de 1996, a través de la AFP Colfondos S.A. Afirma que no le brindaron la información necesaria, concreta, veraz, completa y comprensible sobre las ventajas y/o desventajas que implicaba el cambio de régimen. Elevó petición a las demandadas solicitando el traslado, obteniendo respuesta negativa. (expediente digitalizado, archivo 05).

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, el traslado a la AFP, las peticiones elevadas a las accionadas y sus respectivas respuestas. Manifestó que los restantes hechos no le constan. Formuló como excepciones de mérito las de inexistencia del derecho reclamado a cargo de Colpensiones, saneamiento de la nulidad alegada, prescripción, buena fe, y las demás declarables oficiosamente. Argumentó que la accionante se encuentra válidamente afiliada al RAIS al suscribir de manera voluntaria y libre el formulario de afiliación con las AFP; no manifestó su deseo de retractarse de la afiliación y no se configuró vicio del consentimiento. 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. (expediente digital, archivo 09, fls. 157 a 171).

Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías rechazó las peticiones del escrito inaugural. Admitió la data de nacimiento de la demandante, la petición elevada con su respectiva respuesta. Manifestó que los demás hechos no son ciertos o no le constan. 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, 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, archivo 08, fls. 4 a 19).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Cuarenta Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo del 11 de mayo de 2023 (expediente digital, archivo 18), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR ineficaz el traslado efectuado por la demandante Ruth Nelly Méndez Rodríguez, identificada con C.C. 51.845.554, traslado realizado en el año 1996 del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, por omitirse el deber de información que rige en materia de seguridad social por parte de la AFP Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, de conformidad con lo expuesto en esta decisión

SEGUNDO: DECLARAR que la demandante Ruth Nelly Méndez Rodríguez ha estado afiliada al régimen solidario de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, sin solución de continuidad desde su elección inicial, conforme a las consideraciones realizadas en esta decisión.

TERCERO: DECLARAR no probados los medios exceptivos formulados por las demandadas Colfondos y Colpensiones por las razones expuestas.

CUARTO: CONDENAR a la demandada Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Colfondos S.A., a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, las sumas de dinero que están consignadas en la cuenta de ahorro individual de la demandante, Ruth Nelly Méndez Rodríguez, incluidos los rendimientos financieros, así como los porcentajes correspondientes a los gastos y/o comisiones de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia cobrados, al igual que los aportes con destino al fondo de garantía de pensión mínima y con cargo a sus propios recursos, y, eventualmente, de los bonos pensionales, si los hubiere o, en su defecto, cuando se rediman los mismos.

QUINTO: CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a que, una vez la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Colfondos S.A. traslade los recursos a su cargo, los reciba a satisfacción a efectos de reflejarlos en la historia laboral de la demandante, con sus respectivos valores, IBC y un detalle pormenorizado de los ciclos de cotización.

SEXTO: CONDENAR en costas a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Colfondos S.A. En su liquidación, inclúyase por concepto de agencias en derecho a su cargo y a favor de la parte demandante la suma de un (1) salario mínimo legal mensual vigente; absolver de costas a Colpensiones.

SÉPTIMO: CONSÚLTESE con el Tribunal Superior- Sala Laboral del Distrito Judicial de Bogotá a favor de Colpensiones, conforme lo indicado en esta providencia.

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP demandada no logró demostrar que dio cumplimiento a su deber de información debidamente ilustrada a la afiliada al momento de realizar el traslado.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes las demandadas Colfondos y Colpensiones, recurrieron la sentencia.

Colfondos se opone a la condena impuesta en el numeral cuarto, en cuanto al traslado de 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.

Colpensiones aduce que no hubo vicio del consentimiento en razón a que la permanencia de la demandante en el régimen de ahorro individual con solidaridad desde el año 1996 hasta la actualidad fue de manera libre y voluntaria sin presiones incoadas. No hubo intención de la actora en regresar al RPM y era consciente de las condiciones en que se encontraba. Aduce que no es posible aplicar el mandato de progresividad debido a que guarda relación con el principio de sostenibilidad financiera en el sentido de salvaguardar el sistema ante crisis económicas y un eventual colapso financiero, por lo tanto, recibir a la demandante se constituiría una desmejora para quienes sí han cotizado en el sistema de manera permanente y continua.

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 ISS, hoy Colpensiones desde el 10 de abril de 1991 hasta el 29 de febrero de 1996 (expediente digital, archivo 09, fl. 43); y migró al RAIS, a través de la AFP Colfondos, mediante suscripción de formulario de vinculación, el 27 de febrero de 1996 (expediente digital, archivo 08, fl. 22).

Al absolver interrogatorio de parte la demandante señaló que en su lugar de trabajo se presentó una reunión en la cual, les informaron que el ISS se iba acabar y podían perder la plata allí consignada, por eso debían pasarse a Colfondos porque era mejor y podían elegir la edad en la que quisieran pensionarse sin tener que cotizar tantos años. Afirma que el asesor le daba la información de diligenciar el formulario y firmarlo. Manifiesta que les hicieron preguntas respecto a la afirmación de afiliarse a la edad que quisieran y respondían que sí. Asegura que le llegó un correo informándole que pidiera el fondo pensional pero no tenía claridad de ello. Quiso retornar al RPM, pero no pudo hacerlo en razón a que no se encontraba en el rango de edad. Asegura que recibe los extractos pero que llegaban por temporadas y que no los entiende. Quiere retornar a Colpensiones porque las condiciones ofrecidas por la AFP no son las que esperaba cuando hizo el traslado y la respectiva la afiliación.

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 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 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 Colfondos S.A., 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 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.

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 cuarto de la sentencia proferida por el Juzgado Cuarenta Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 11 de

mayo de 2023, en el sentido de indicar que, 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: 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 003 2020 00424 01
DEMANDANTE: MARTHA ELISA ARENAS POSSE
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS Y SKANDIA PENSIONES Y CESANTIAS S.A.
LLAMADA EN GARANTÍA: MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS

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

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por las demandadas Skandia S.A. y Colpensiones, contra la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 23 de marzo de 2023. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

La accionante pretendió que se declare la ineficacia y/o nulidad del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuada a través de la AFP Colfondos S.A el 09 de septiembre de 1997 y posteriormente con la AFP Skandia S.A. el 01 de marzo de 2010. En consecuencia, se ordenó a la AFP Skandia S.A. a trasladar todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses y sin descontar ninguna suma por concepto de gastos de administración, a Colpensiones y, a ésta última, a recibir y afiliar de nuevo de manera automática a la actora como si su traslado nunca se hubiera dado. Así

mismo, se condene a lo ultra y extra *petita* y, las costas y agencias de derecho.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 09 de marzo de 1961. Se afilió al sistema general de pensiones ISS, hoy Colpensiones desde el 23 de agosto de 1990 cotizando de forma ininterrumpida hasta septiembre de 1997. Se trasladó al RAIS, a través de la AFP Colfondos S.A. el 09 de septiembre de 1997. Aduce que fue presionada sistemáticamente para que se trasladara al fondo privado bajo los argumentos de que era una orden de presidencia de Bavaria para que se trasladara, que además obtendría una mesada pensional superior a la que podría obtener en el ISS y, que éste se iba acabar. Asegura que no le suministraron ningún tipo de información sobre el traslado, no recibió una proyección pensional, no le informaron sobre los bonos pensionales, beneficios o desventajas del régimen. El 01 de marzo de 2010, se trasladó a la AFP Skandia, nuevamente siendo presionada sistemáticamente al decir que iba a tener un mejor servicio, no obstante, tampoco le brindaron información. En el año 2020 obtuvo por parte de Skandia S.A. una proyección de mesada pensional en la cual se le indicó que a la edad de 59 años su mesada sería de \$2.185.561 mensuales. Por último, elevó solicitud de traslado a Colpensiones obteniendo respuesta negativa (expediente digitalizado, archivo 01, fls. 4 a 20).

Al dar contestación, Colpensiones se opuso a las súplicas de la demanda en su contra. Admitió la data de nacimiento de la demandante, la afiliación al ISS, la petición elevada y su respectiva respuesta. Manifestó que los restantes hechos no le constan. Formuló como excepciones de mérito las que denominó: la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, 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 la AFP; 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 27).

Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías rechazó las peticiones del escrito inaugural. Admitió la data de nacimiento de la demandante y la afiliación a esta AFP. Frente a los demás hechos manifestó que no le constan o no son ciertos. Propuso 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 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, archivo 05, fls. 3 a 15).

Por su parte, Skandia S.A., al contestar la demanda se opuso al éxito de las aspiraciones. De los hechos admitió la afiliación a esta AFP y la proyección de mesada pensional. Frente a los demás hecho manifestó que no le constan o no son ciertos. Propuso las excepciones que denominó: actos de relacionamiento, 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, 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; 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 22).

Finalmente, llamó en garantía a la aseguradora Mapfre Colombia Vida Seguros S.A. en virtud de los contratos de seguro previsional vigentes entre 2010 a 2018 (expediente digital, archivo 03, fls. 62 a 65); 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)** *«Las decisiones tomadas por la demandante se dieron al amparo del principio de “autonomía de la voluntad”, siendo absolutamente lícitas, válidas y oponibles»,* **ii)** *«inexistencia de motivos que tipifiquen alguna causal de nulidad material o de invalidación de los actos jurídicos de afiliación de la demandante al RAIS y posteriormente traslado horizontal»,* **iii)** *«legalmente la demandante se encuentra inhabilitada 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 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.

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)** *«El llamamiento en garantía realizado a Mapfre es improcedente por cuanto “Skandia S.A.”, carece de amparo y/o cobertura frente a la acción material ejercida por la parte demandante, al no tener relación el riesgo objeto de la protección asegurativa con el objeto material de las pretensiones »,* **ii)** *« Inexistencia de derecho contractual por*

parte de la AFP Skandia», **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 la prima, ni de ningún otro valor que corresponda a contraprestación del seguro, porque ella fue legalmente devengada 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 «Skandia Administradora de Pensiones y Cesantías S.A.» 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 14. fls. 2 a 24).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo del 23 de marzo de 2023 (expediente digital, archivo 19), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado de la demandante Martha Elisa Arenas Posse del Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por el ISS hoy Colpensiones, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, así como la ineficacia del traslado horizontal que se realizó con posterioridad, de Colfondos S. A. a Skandia S.A., el 29 de enero de 2010, para entender vinculada a la demandante, en forma válida al Régimen de Prima Media administrado por Colpensiones, conforme a lo considerado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: CONDENAR a la AFP Skandia S. A., a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones todos los valores que recibió con motivo de la afiliación de la Demandante Martha Elisa Arenas Posse por concepto de cotizaciones obligatorias, bonos pensionales, en caso de encontrarse redimidos, con todos los rendimientos financieros que produjo ese dinero mientras estuvo en su poder, de igual manera deberá devolver los gastos de administración, los valores de los seguros previsionales, y el porcentaje para constituir el fondo de garantía de pensión mínima que se hubiese descontado con cargo a sus propios recursos, todo conforme la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONDENAR a la AFP Colfondos S. A., a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones los valores correspondientes a los gastos de administración, los valores de los seguros previsionales, y el porcentaje para constituir el fondo de garantía de pensión mínima que se hubiesen realizado durante el tiempo que el demandante estuvo afiliado a ese Fondo, todo conforme la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones aceptar el traslado y recibir los dineros que efectúen las AFP Skandia S. A., y Colfondos S.A., para que proceda a activar la afiliación de la Demandante Martha Elisa Arenas Posse, como si nunca se hubiese traslado del

régimen de prima media con prestación definida, y así mismo actualice la información de la historia laboral de la demandante en semanas de tiempo cotizado.

QUINTO: ABSOLVER a la Llamada en Garantía Mapfre de todas y cada una de las pretensiones de ese llamamiento en garantía, y de las pretensiones de la demanda, conforme la parte motiva de esta providencia.

SEXTO: DECLARAR NO PROBADA la excepción propuesta por la demandada Colpensiones, denominada principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema, y la de prescripción propuesta por cada una de las demandadas, conforme lo considerado en la parte motiva.

SEPTIMO: CONDENAR EN COSTAS, incluidas las agencias en derecho a las demandadas Skandia S.A., Colfondos S.A., y Colpensiones, las que se tasan en la suma de \$1.500.000, a cargo de cada una.

OCTAVO: CONDENAR EN COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO a Skandia S.A. en la suma de un \$1.000.000 en favor de la llamada en garantía Mapfre S.A., conforme la parte motiva de esta providencia.

NOVENO: En caso de no ser apelada la presente providencia por la demandada Colpensiones, remítase al Superior para que se surta el grado jurisdiccional de Consulta, de conformidad con lo señalado en el párrafo 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, a la 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

Inconformes las demandadas Skandia y Colpensiones, recurrieron la sentencia.

Skandia solicita se revoque la condena impuesta sustentando que la entidad llevó a cabo un acto jurídico de buena fe y en el entendido de que la demandante ya se encontraba afiliada con anterioridad en otra AFP, por lo cual ya tenía conocimiento del régimen privado y se encontraba inmersa en la prohibición legal de retornar al RPM. De igual manera, solicita que se absuelva a la AFP de devolver los gastos de administración y primas de seguros previsionales, debido a que al declararse la ineficacia de traslado deja sin efecto el contrato suscrito entre la afiliada y la aseguradora;

además es Mapfre quien debe devolver lo concerniente a los seguros previsionales. Por último, devolver los gastos de administración, generaría un enriquecimiento sin justa causa y un pago de lo no debido a Colpensiones, dado que la AFP realizó una adecuada gestión, cumpliendo con su deber de generar una rentabilidad acorde a las directrices legales y de la superintendencia financiera.

Colpensiones solicita que se revoque la condena en costas bajo el argumento de que no se puede recibir a alguien que esta tan próximo a cumplir el requisito de edad para acceder a la pensión de vejez; además, la demandante demostró el ánimo de permanencia en el RAIS por más de 23 años, y no hubo animo temprano de retorno al RPM, por lo tanto, no hubo ineficacia de 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 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 a la afiliada 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 de la afiliada y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación a la afiliada 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 la afiliada es o no beneficiaria 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 desde el 23 de agosto de 1990 hasta el 15 de abril de 1993 (expediente digital, archivo 10. fl.2); en septiembre de 1997, migró al RAIS, a través de la AFP Colfondos S.A.; y posteriormente, cambió

horizontalmente a la AFP Skandia, el 29 de enero de 2010 (expediente digital, archivo 03, fl.37 a 46).

Al absolver interrogatorio de parte la demandante señaló que trabajaba en Avianca, en las instalaciones de la empresa había una oficina de Colfondos y la persona que estaba en ese momento le entregó el formulario de afiliación junto con todo el paquete de contratación. Afirma que no le brindaron información, que firmó con la AFP porque su jefa inmediata le informó que debía afiliarse con esa entidad; manifiesta que no vio nada diferente a lo que era firmar y pertenecer al Grupo Santo Domingo. Señala que una amiga de ella que era asesora de Skandia le informó que el rendimiento era mucho mejor y por ello se trasladó a esta AFP. Aduce que no se pudo trasladar a Colpensiones a pesar de solicitarlo. Sí le informaron sobre aportes voluntarios porque era un ahorro que le serviría en el futuro. Por último, manifiesta que no ha solicitado el reconocimiento de alguna prestación económica.

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 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 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 ineffecticia de traslado por resultar posteriores al acto jurídico inicial, tampoco la inobservancia de los deberes de la afiliada como consumidor financiero. *«Se reitera que el estudio de la acción de ineffecticia 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 ineffecticia 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 ineffectivo, 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 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 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, en la sentencia se confirmará en ese aspecto, 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).

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.

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: MODIFICAR en el numeral SEGUNDO de la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 23 de marzo de 2023, que quedara en el siguiente tenor: **CONDENAR** a la **AFP SKANDIA S.A.**, a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones-**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: MODIFICAR el numeral tercero de la sentencia de primera instancia, 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 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 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
003 2020 00424 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 2020 00359 01
DEMANDANTE: EDUARDO ALBERTO DUARTE HERRERA
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 julio de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala estudia en grado jurisdiccional de consulta la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 12 de mayo de 2023.

I. ANTECEDENTES

El accionante pretendió que se declare la nulidad y/o ineficacia de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuado a través de la AFP Porvenir S.A. el día 09 de agosto de 1999, así como, la libertad de afiliarse al RPM. En consecuencia, se ordenó a la AFP Porvenir S.A. a liberarlo de sus bases de datos y devolver todos los valores que hubiere recibido, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e intereses y rendimientos a Colpensiones y; a esta última, a recibirlo como afilado cotizante. Así mismo, se condene a las demandadas el pago de las costas procesales y a lo ultra y extra *petita*.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 07 de septiembre de 1954; empezó su vida laboral el 20 de febrero de 1976, afiliándose y cotizando al ISS. El 09 de agosto de 1999 se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP Porvenir

S.A. afirma que la AFP le informó de unos beneficios como que el monto de pensión sería más alto; que el asesor no le brindó información sobre el monto de capital requerido en la AFP para obtener la pensión vitalicia, ni el plazo máximo para retornar al ISS, sobre el capital que debía acumular, requisitos de pensión, inversiones que realizarían con su capital, ni le hizo proyección pensional. Aduce que se le indicó sobre la devolución del capital en caso de no cumplir la edad de pensión, que el fondo privado le ofreció beneficios superiores a los que podría obtener en el RPM. Manifiesta que, al momento de la vinculación no se le presentó la información suficiente, clara y concisa que le permitiera tomar la mejor decisión respecto a la perspectiva pensional. Afirma que, la AFP envió comunicación a otros afiliados avisándoles que estaban a unos días de vencerse el plazo para retornar al RPM, pero a él no le enviaron comunicación alguna. En el 2020, se le realizó simulación pensional por parte de la AFP, arrojando una mesada pensional de \$877.803, resultado desde el punto de vista cuantitativo una diferencia enorme con la que tendría en Colpensiones. Por último, elevó petición a las demandadas solicitando la nulidad del traslado, obteniendo respuesta negativa (expediente digital, archivo 02, fls. 1 a 25).

Al dar contestación, Colpensiones se opuso a las súplicas de la demanda en su contra. Admitió la data de nacimiento del demandante, la afiliación al ISS y la respuesta negativa ante la solicitud de traslado. Manifestó que los restantes hechos no le constan. Formuló como excepciones de mérito las que denominó: la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, 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 SL 373 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 06. fls. 2 a 36).

La AFP Porvenir se opuso al éxito de las pretensiones. Admitió la data de nacimiento del demandante, la afiliación con esta AFP, la comunicación enviada a otros afiliados del derecho a retornar, no tener simulaciones efectuadas al momento de la vinculación y, la respuesta a la petición elevada. Frente a los demás hechos manifestó no constarle o no ser 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 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 de hacerlo (expediente digital, archivo 11. fls. 2 a 29).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo del 12 de mayo de 2023 (expediente digital, archivo 20), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de traslado de régimen pensional de prima media al de ahorro individual, realizado por el señor Eduardo Alberto Duarte Herrera a través de Porvenir S.A.

SEGUNDO: ORDENAR a Porvenir S.A., que traslade a Colpensiones el valor 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 en este caso a cargo de Porvenir S.A. Inclúyase como agencias en derecho la suma de cuatro (4) S.M.M.L.V.

CUARTO: En caso que este fallo no fuere 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. 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.

IV. 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.

V. CASO CONCRETO

Se encuentra demostrado en el proceso que el actor estuvo afiliado y cotizó al régimen de prima media con prestación definida a través del Instituto de Seguros Sociales desde el 02 de febrero de 1976 al 19 de junio de 1988 y, a Cajanal, del 1 de febrero de 1991 al 30 de septiembre de 1999 (expediente administrativo, archivo 07, fl.13 a 14 y 168); fecha a partir de la cual, migró al RAIS, a través de la AFP Porvenir S.A., mediante la suscripción de formulario de vinculación el 09 de agosto de 1999 (expediente digital, archivo 11, fl. 30).

Al absolver interrogatorio de parte el demandante señaló que, en el año 1999 realizó el traslado a la AFP Porvenir; asegura que un funcionario le indicó las ventajas y beneficios que generaba Porvenir, le solicitó los datos personales para llenar el formulario de afiliación y él solo lo firmó. Aduce que no le indicaron cual era el procedimiento para solicitar los beneficios y no confirmó la información que le brindaron; no le comentaron sobre los rendimientos financieros, no obstante, si ha recibido los extractos, pero no los entiende. Señala que hace 5 años se acercó a la oficina de Porvenir y le explicaron que solo recibiría un salario mínimo y se dio cuenta que la información que le dieron al momento de la vinculación era diferente. Finalmente, afirma que su traslado fue libre y voluntario, pero no le informaron sobre el derecho de retracto.

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 Porvenir 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 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 Porvenir S.A., 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 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.

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

VI. 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 12 de mayo de 2023, 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 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 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 006 2018 00330 01
DEMANDANTE: GRACIELA RUIZ
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y LA NACIÓN – MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL - FONDO DE SOLIDARIDAD PENSIONAL.

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

SENTENCIA

La Sala decide el grado jurisdiccional de consulta en favor de la demandante dentro de la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 8 de octubre de 2022.

I. ANTECEDENTES

La accionante pretende que se ordene a La Nación- Ministerio de la Protección Social - Fondo de Solidaridad Pensional, realizar las cotizaciones de las 245 semanas restantes para completar las 1300 semanas y que dichos aportes se realicen sobre el cálculo actuarial que realice para el efecto Colpensiones; en consecuencia, se ordene a ésta última, a reconocer y pagar la pensión de vejez desde el 4 de abril de 2017, fecha en que realizó la reclamación administrativa; el retroactivo; la indexación; intereses moratorios; costas y; lo ultra y extra *petita*.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 1º de mayo de 1957. Se vinculó laboralmente y empezó a cotizar al sistema general de pensiones, desde el 1 de julio de 1983; contando con 1055 semanas efectivamente cotizadas. El 4 de abril de 2017 solicitó el reconocimiento y pago de la pensión de vejez a Colpensiones; la que le fue negada por

Resolución 2017-3495830 del 6 de junio de 2017, por no cumplir con el requisito de semanas. Afirma que no posee recursos económicos que le permitan seguir aportando al régimen pensional, ni vincularse laboralmente en atención a la edad y; que se encuentra identificada en el nivel I del Sisbén; por lo que el Fondo de Solidaridad debe reconocer el aporte de las semanas faltantes para poder acceder a su prestación económica (Exp. digitalizado, archivo 2018-330, fls. 5 a 13).

Colpensiones se opuso a la prosperidad de las súplicas. Admitió la data de nacimiento de la actora, los tiempos cotizados, la solicitud pensional y, su negativa por las razones argüidas. Manifestó que los demás hechos no le constan o no son ciertos. Formuló las excepciones de inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, cobro de lo no debido, prescripción, inexistencia del cobro de intereses moratorios del artículo 141 de la ley 100 de 1993, y las demás declarables oficiosamente. Argumentó que la demandante no cumple con los requisitos establecidos para un reconocimiento pensional, pues no acredita las semanas mínimas requeridas (expediente digital, archivo 2018-330, fls. 41 a 59).

Por su parte, La Nación- Ministerio de Salud y Protección Social, se opuso a la prosperidad de las súplicas. Frente a los hechos manifestó que no le constan o no son ciertos. Formuló las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación, inexistencia de la facultad y consecuente deber jurídico de este Ministerio para reconocer, reajustar, negar, sustituir, liquidar, reliquidar o revisar un derecho pensional, falta de integración del Litisconsorcio necesario y, las demás declarables oficiosamente. En su defensa indicó que a la Entidad le es imposible hacer el reconocimiento de semanas de cotización faltantes, toda vez que eso es competencia exclusiva del Fondo de Solidaridad Pensional, cuanta adscrita sin personería al hoy Ministerio de Trabajo (expediente digital, archivo 2018-330, fls. 66 a 59).

En audiencia del 25 de febrero de 2021, se declaró probada la excepción previa de falta de integración del litis consorcio necesario, y se dispuso la integración con La Nación - Ministerio de Trabajo – Fondo de

Solidaridad Pensional (fl. 90); quien al ser notificado y, estando en término, se opuso a las pretensiones en su contra y, dijo no constarle los hechos. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación respecto al pago de aportes por parte del fondo de solidaridad pensional y prescripción. En su defensa adujo que la accionante no hace parte del Fondo de Solidaridad Pensional, pues nunca se postuló como potencial beneficiaria, ni suscribió formulario para hacer parte del régimen subsidiado de pensiones, como tampoco podría haber pagado su parte de aportes para que surgiera el derecho al subsidio en los términos de las sentencias SU-079 de 2018 y SU-273 de 2019 (expediente digital, archivo 2018-330, fls. 95 a 102).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Segundo Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 8 de octubre de 2022, declaró probadas las excepciones de mérito de inexistencia del derecho y de la obligación, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas y cobro lo no debido, propuestas por Colpensiones; las de falta de legitimación en la causa por pasiva e inexistencia de la obligación, propuestas por el Ministerio de Salud y de la Protección Social y; la de inexistencia de la obligación respecto al pago de aportes por parte del Fondo de Solidaridad pensional, propuesta por el Ministerio de Trabajo. Absolvió a las demandadas, e impuso costas a la demandante (archivo 10).

Como sustento de su decisión, señaló que el objeto del Fondo de Solidaridad pensional, no es suplir las cotizaciones de los afiliados en su totalidad, sino subsidiar una parte de ellas, debiendo acreditarse el cumplimiento de los requisitos exigidos para que el mismo empiece a operar; teniendo que la demandante nunca se registró como beneficiaria y jamás realizó el pago en el porcentaje que le correspondía. Asimismo, de la historia laboral de la demandante se obtiene que solo alcanzó la edad el 1º de mayo de 2012, perdiendo el régimen de transición, de conformidad con el Acto Legislativo 01 de 2005 al no tener el mínimo de semanas para conservarlo; además, que no acreditó las semanas exigidas por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003.

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 de la demandante es procedente abordar su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

IV. CONSIDERACIONES

No fue discutido que la demandante prestó sus servicios y cotizó para los riesgos de invalidez, vejez y muerte, a diferentes empresas, entre el 1º de julio de 1983 y el 31 de marzo de 2017, para un total de 1055 semanas de cotización en toda su vida laboral. Así se infiere del reporte de semanas cotizadas actualizado el 16 de noviembre de 2018 (exp. digitalizado, carpeta 01*JuzgadoOrigen / CD f.º 33 Exp ADmontivoCC-20921997*¹).

Tampoco se discutió que la demandante nació el 1º de mayo de 1957 y cumplió los 55 años de edad, el mismo día y mes del año 2012; por lo que, para el 01 de abril de 1994, contaba con 36 años de edad (copia registro civil de nacimiento, expediente digital, carpeta 01*JuzgadoOrigen / 2018-330; fl. 20*); y acreditaba solo 456.14 semanas efectivamente cotizadas, sin que hubiera consolidado su derecho pensional; de suerte que en razón a la edad en principio era beneficiaria de transición. No obstante, al no tener cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigor del Acto Legislativo 01 de 2005, perdió el beneficio transicional, pues a dicha data solo contaba con 604,59 semanas cotizadas.

De conformidad con lo anterior, corresponde a la Sala definir si a la promotora del juicio le asiste derecho a que el Fondo de Solidaridad Pensional efectúe de manera retroactiva las cotizaciones faltantes para su pensión de vejez y, por consiguiente, si Colpensiones está obligada a reconocer y pagar la prestación en su favor, en aplicación del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el art. 9 de la Ley 797 de 2003.

¹ GRP-SCH-HL-66554443332211_1358-20181116042818

Del Fondo de Solidaridad Pensional

Pretende la demandante que La Nación - Ministerio del Trabajo-Fondo de Solidaridad Pensional, efectúe las cotizaciones a Colpensiones de las semanas faltantes para completar las 1300 requeridas para acceder a la pensión de vejez; por cuanto afirma no poseer recursos económicos que le permitan seguir aportando al régimen pensional y, en atención a que es una persona de la tercera edad.

Sea lo primero precisar que el Fondo de Solidaridad Pensional fue creado por la Ley 100 de 1993, en su artículo 25 y siguientes, como una cuenta especial de la Nación sin personería jurídica, adscrita al Ministerio de Trabajo, destinado a ampliar la cobertura mediante un subsidio a las cotizaciones para pensiones de los grupos de población que por sus características y condiciones socioeconómicas no tienen acceso a los sistemas de seguridad social.

Dicha figura ha sido reglamentada a través de los Decretos 1127 de 1994, 1859 de 1995 y 569 de 2004, posteriormente derogados por el 3771 de 2007 y modificado por el 4112 de 2004 y 4944 de 2009, compilados en el Único Reglamentario 1833 de 2016; en los que se fijaron como beneficiarios del régimen subsidiado de pensiones, entre otros, a los trabajadores asalariados o independientes del sector rural y urbano, que carecieran de suficientes recursos para efectuar la totalidad de los aportes para pensionarse.

Así mismo, se estableció que dicho subsidio se concedería parcialmente para reemplazar los aportes del empleador y del trabajador, o de este último en caso de que tenga la calidad de trabajador independiente, hasta por un salario mínimo como base de cotización y, que para hacerse acreedor el trabajador debe acreditar su condición de afiliado del Régimen General de Seguridad Social en Salud, y **pagar la porción del aporte que allí le corresponda**. En este sentido, en el artículo 28 ibídem, estableció que estos subsidios serían de naturaleza

temporal y parcial, de manera que el beneficiario realice un esfuerzo para el pago parcial del aporte a su cargo.

A su vez, el Decreto Único Reglamentario 1833 de 2016 en su Título 14, reguló lo referente a este Fondo, estableciendo en su artículo 2.2.14.1.13 los requisitos para ser beneficiario y, en el artículo 2.2.14.1.14 la forma de afiliación, sobre la cual indica:

ARTÍCULO 2.2.14.1.14. Afiliación. Los trabajadores que deseen acceder al Subsidio de la Subcuenta de Solidaridad del Fondo de Solidaridad Pensional deberán diligenciar el formulario de solicitud del subsidio ante el administrador fiduciario, o a través de los promotores de las entidades administradoras de pensiones autorizadas para administrar el subsidio.

En todo caso, corresponde a la entidad administradora del Fondo de Solidaridad Pensional verificar el cumplimiento de los requisitos legales y aquellos otros establecidos por el Conpes para su otorgamiento.

El hecho de diligenciar el formulario de que trata este artículo no implica el reconocimiento automático del subsidio, el cual estará sujeto, de una parte, a la verificación por la administradora del Fondo de Solidaridad Pensional, de que los potenciales beneficiarios cumplan con los requisitos fijados por la normatividad vigente y durante todo el tiempo en que sean beneficiarios del subsidio, y por la otra, a la disponibilidad de recursos administrados por el fondo.

Una vez seleccionados los beneficiarios del subsidio por parte de la administradora del Fondo de Solidaridad Pensional, aquellos se constituyen en afiliados obligatorios del sistema general de pensiones y, en consecuencia, deberán dar cumplimiento a las obligaciones legales que se derivan de tal calidad.

De conformidad con lo anterior, si la demandante deseaba acceder al Subsidio del Fondo de Solidaridad Pensional, debía en primer lugar, realizar el proceso de afiliación, acreditando que pertenecía a uno de los grupos poblacionales beneficiarios y diligenciando el formulario de solicitud, para que la respectiva entidad administradora, procediera a verificar el cumplimiento de los requisitos preestablecidos y, a determinar la procedibilidad de su otorgamiento; el cual, una vez reconocido, conllevaría a que la accionante también efectuara la parte de los aportes que le correspondería, pues como quedó visto, este es un subsidio parcial, más en manera alguna, suplir las cotizaciones de los afiliados en su totalidad.

Y es que, incluso acreditando la vinculación a través del fondo de solidaridad pensional, ello no resulta suficiente para que se invoque a su favor el subsidio de cotización, toda vez que, además de la afiliación a tal programa, es necesario probar el pago del porcentaje de cotización a cargo del afiliado subsidiado, durante el tiempo en que se pretenda tener en cuenta. Así lo ha explicado la Corte Suprema de Justicia, en su Sala Laboral, entre otras en sentencia CSJ SL2707-2016, reiterada en la SL3150 de 2022, cuando indicó:

Sin embargo, y por mera ilustración, importa decir que la recurrente no soporta su alegación -de orden jurídico, se repite- de presumirse el pago de la cuota parte que le corresponde asumir al régimen subsidiado pensional por el mero hecho de que la entidad administradora del Fondo de Solidaridad Pensional hubiere hecho, a su vez, los aportes a buena cuenta de la beneficiaria en virtud de la afiliación al programa.

Olvida así que el Decreto 1885 de 26 de octubre de 1990, que fuera derogado por el artículo 39 del Decreto 3771 de 2007, por el cual se reglamentó el subsidio de aportes al sistema general de pensiones previsto en el artículo 26 de la Ley 100 de 1993, [...] se dejó ver que aun cuando las cuotas partes del aporte del afiliado y la entidad administradora del respectivo Fondo son concurrentes para obtener el monto del aporte del afiliado al sistema pensional, se sufragan sin interdependencia alguna, pues, si el afiliado deja de aportar durante el mencionado período pierde el beneficio [...]

De lo que viene dicho, no acierta la recurrente cuando propone tener como 'validadas' las cotizaciones al sistema pensional simplemente con el pago de la cuota parte que asume la entidad administradora, o tener por presumido el pago de su cuota parte por haberse efectuado aquél. (Subrayado original).

De lo expuesto, resulta evidente que la parte demandante no cumplió con el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, aplicable por remisión expresa del artículo 145 del CPTSS, pues no demostró los hechos en que fundó sus pretensiones, dado que pese a solicitar una pensión de vejez, no acreditó el requisito mínimo de semanas cotizadas para obtener el beneficio; como tampoco acreditó los condicionamientos necesarios para reclamar los aportes echados de menos en la demanda.

Bajo los anteriores presupuestos, como quiera que la accionante solo acredita 1.055 semanas de cotización en toda su vida laboral, no es posible otorgar la pensión de vejez pretendida, al amparo de la

normatividad vigente, pues no reúne los condicionamientos previstos en la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, esto es, no cuenta con 1.300 semanas cotizadas. En consecuencia, la sentencia de primera instancia debe ser confirmada en su integridad.

Sin costas en el grado jurisdiccional de consulta, 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: CONFIRMAR la sentencia proferida el 8 de octubre de 2022 por el Juzgado Segundo Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá, D.C.

SEGUNDO: No se causan costas en el grado jurisdiccional.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado

Radicación n.º 110013105 006 2018 00330 01.


ÁNGELA LUCÍA MUFILLO VARÓN

Magistrada
006 2018 00330 01



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 007 2018 00566 02
DEMANDANTE: BLANCA CECILIA OCHOA MORENO
DEMANDADO: FONDO DE PENSIONADOS DE BOGOTÁ - FONPENBOGOTA

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

SENTENCIA

La Sala decide los recursos de apelación interpuestos por las partes contra la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 13 de octubre de 2020.

I. ANTECEDENTES

La accionante promovió proceso ordinario laboral para que se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido con el Fondo de empleados y pensionados de la Caja de Previsión Social de Bogotá, hoy Fonpenbogotá, del 17 de julio de 1993 al 31 de julio de 2018, terminado sin justa causa. En consecuencia, se condene a la demandada a pagar la suma de \$100'000.000 por concepto de liquidación conciliada; \$35'000.000 por concepto de bonificación al tiempo de servicio aprobado por la asamblea; al pago de la indemnización por despido sin justa causa; intereses moratorios por no pago oportuno; lo ultra y extra *petita* y; las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que celebró contrato verbal de trabajo a término indefinido con FEDECAPD hoy FONPENBOGOTA, como se desprende del acta 01 de 17 de julio de 1993; posteriormente suscribió contrato de trabajo de dirección confianza o manejo con FONPENSAB hoy FONPENBOGOTA, el 1º de enero de 2004. Desempeñó el

cargo y funciones de Representante Legal y Gerente General, desde 1993 hasta el 31 de julio de 2018, de forma continua e ininterrumpida; cumpliendo durante la relación laboral los elementos esenciales de un contrato de trabajo, bajo subordinación o dependencia de la junta directiva, atendiendo las instrucciones del empleador, cumpliendo horario de trabajo y, percibiendo una remuneración, con un último salario de \$1'150.000. Aduce que la demandada nunca le pagó prestaciones sociales, vacaciones, ni los conceptos de seguridad social. Que, como consecuencia de la sustracción injustificada de las obligaciones, mediante acta 021 del 26 de febrero de 2011, la Asamblea General en pleno, le reconoció las sumas de \$150'000.000 y \$200'000.000; en Junta Directiva de 28 de febrero de 2012, concilian por una suma no inferior a \$100'000.000; lo que se confirma por la Junta Directiva en pleno, como se verifica con acta 362 de 10 de octubre de 2017. Manifiesta que el 7 de julio de 2018, la Asamblea General extraordinaria dio por terminado unilateralmente la relación laboral, sin previo aviso y sin justa causa; nombrando como liquidador del Fondo al señor Edwin Javier Sánchez Pinilla; misma fecha en que se somete a votación y aprueba la suma de \$35'000.000, como bonificación por el tiempo de servicio prestado; sin que a la fecha le haya cancelado ninguna de las sumas referenciadas (fls. 3 a 11).

El Fondo de Pensionados de Bogotá – FONPENBOGOTA, rechazó el éxito de las aspiraciones. Frente a los hechos aceptó que la demandante ejerció como Representante Legal o Gerente General y, manifestó no ser ciertos los demás. Propuso como excepciones de mérito las de inexistencia de las obligaciones pretendidas, ausencia de título y de causa en las pretensiones de la demandante, ausencia de la obligación en la demanda, buena fe y, prescripción. En su defensa señaló que entre las partes existió una relación jurídica contractual bajo un contrato de prestación de servicios, en virtud del cual, ejerció la representación que aceptó bajo normas estatutarias de la organización. Nunca ha existido un contrato de trabajo entre las partes ni ninguno de sus elementos de configuración (fls.111 a 121).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 13 de octubre de 2020, resolvió:

PRIMERO: se **NIEGAN** las solicitudes de nulidades presentadas por la apoderada judicial de la demandante, por indebida representación de la parte demandada y por pérdida de competencia

SEGUNDO: DECLARAR que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido que tuvo vigencia desde el 4 de enero de 2004 y hasta el 31 de julio de 2018, con una asignación salarial de \$1.150.000, la cual termino de manera voluntaria por parte de la trabajadora demandante.

TERCERO: Como consecuencia de lo anterior, se **CONDENA** al FONDO DE PENSIONADOS DE BOGOTA, a pagar a la señora demandante las siguientes sumas por los siguientes conceptos:

- Cesantías: \$3.809.488.
- Intereses a las cesantías: \$383.052.
- Vacaciones: \$1.904.744.
- Primas de servicio: \$3.809.488.

Para un total de \$9.906.772, el cual debe pagarse debidamente indexado a la fecha del pago.

CUARTO: DECLARAR PROBADA PARCIALMENTE la excepción de prescripción presentada por el fondo demandado con su contestación.

QUINTO: Se **ABSUELVE** al FONDO DE PENSIONADOS DE BOGOTA, de las demás pretensiones formuladas en su contra por la señora BLANCA CECILIA OCHOA MORENO.

SEXTO: Las **COSTAS** son a cargo del fondo demandado y las agencias en derecho se tasan a favor de la demandante en un 7% de las condenas impuestas y liquidadas en esta sentencia.

En lo fundamental señaló que la demandante demostró que efectivamente fungió como representante legal de la accionada, inicialmente designada mediante un contrato de prestación de servicios conforme a los estatutos y, a partir del 4 de enero de 2004, mediante contrato de trabajo suscrito con la junta directiva para cambiar la modalidad de vinculación, sólo demostrado a partir de la vigencia de ese documento, pues con anterioridad, de ningún medio probatorio se podría determinar la existencia de una relación de carácter laboral, al no acreditarse el elemento de subordinación. Sobre las actas de conciliación, la documental que se allega no reúne los mínimos requisitos de ley para tenerla como conciliación o como suma verdaderamente exigible a cargo del Fondo, que le dé un reconocimiento de carácter laboral. Declaró probada parcialmente la excepción de prescripción. Finalmente, no existe

prueba de despido por parte del Fondo, por el contrario, fue la demandante quien dejó de ejercer sus funciones de manera voluntaria.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes las partes apelaron lo resuelto.

La demandante arguyó que, de conformidad con el certificado de existencia y representación del Fondo demandado, se establece que la vinculación ocurrió desde el 8 de abril de 1997, fecha desde la cual fungió como Representante Legal y Gerente General. Asimismo, dentro de las actas de la asamblea general, se reconoce la deuda por sus liquidaciones y, si bien es cierto está aplicando una prescripción desde el 2015 para atrás, debe tenerse en cuenta que también se adeuda una mora por el no pago de lo adeudado. Respecto a la bonificación de los 35 millones de pesos, existe a folio 44 el formato de gastos generales suscrito por el contador del fondo y por la demandante como representante legal, en el que se estableció dicha bonificación. Finalmente, en lo referente al despido sin justa causa, aduce que no existe documento, pero la junta directiva en la asamblea del 7 de julio de 2018, le indicó que sus labores eran hasta el 31 de julio.

Por su parte, la demandada reprocha la condena de primera instancia al argumentar que no es procedente declarar la existencia de un contrato de trabajo; pues alegó que se demostró que estaba vinculada por un contrato de prestación de servicios como lo establecía el estatuto y, que ésta actuó de forma autónoma y sin subordinación. Adujo que el contrato suscrito en 2004 no establecía las condiciones, características, obligaciones, ni sus actividades; todo lo cual lo establecen los estatutos, que son la norma de normas dentro de la organización y, que el máximo órgano, esto es, la Asamblea, jamás autorizó la vinculación de la actora; por lo que ese contrato estaría viciado.

IV. CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala determinar, en primer término, si en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas, es posible determinar la existencia del contrato de trabajo entre la demandante y el Fondo de Pensionados de Bogotá, al demostrarse la prestación del servicio y no desvirtuarse la presunción prevista en el artículo 24 del Código Sustantivo de Trabajo.

(i) Contrato realidad.

El artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, señala que para que se estructure un contrato de trabajo se requiere la concurrencia de tres elementos a saber: *i)* la actividad personal o prestación del servicio, que implica de quien reclama la existencia del contrato, demostrar que la actividad o servicio lo realizaba por sí mismo; *ii)* la dependencia o continuada subordinación, entendida como la facultad que tiene el empleador de exigirle al trabajador el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo, cantidad, calidad de trabajo e imponerle reglamentos, facultad que debe mantenerse por el tiempo de duración del contrato, y *iii)* la retribución de la prestación del servicio, pues el mismo tiene un carácter retributivo y oneroso.

Ha decantado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia que una vez demostrada la prestación personal del servicio por parte del trabajador, a la demandada es a quien corresponde desvirtuar la presunción establecida en el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, ya sea mediante la demostración de un nexo contractual diferente al de trabajo o bajo la acreditación de ausencia de subordinación. Es decir, que no es necesario que el actor demuestre la subordinación jurídica o dependencia propia de una relación laboral, como tampoco la remuneración a la misma. Criterio reiterado en sentencias CSJ SL628-2022, CSJ SL3847-2021, CSJ SL2608-2019, CSJ SL2480-2018 y CSJ SL 16528-2016, entre otras.

A efectos de tenerse por desvirtuada la presunción de existencia del contrato de trabajo, no basta las denominaciones que una o ambas partes

asignen al vínculo, o atenerse al rótulo que aparece en los documentos suscritos o creados para tal fin, sino que es necesario acudir a la naturaleza misma de la relación y la forma como se ejecutó el servicio personal para hallar lo esencial del contrato en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas previsto en el artículo 53 de la Constitución Nacional.

Al amparo de lo expuesto y en aplicación de lo dispuesto en el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo la Sala pasa a analizar los medios probatorios, para tal efecto se advierte que, la demandante allegó copia del acta 001 de la junta directiva de FEDECAPD, hoy FONPENBOGOTÁ, del 17 de julio de 1993, en la que se dispuso la elección de la accionante como Gerente del Fondo (fl. 15 a 17), contrato de dirección, confianza y manejo, donde se indica fecha de iniciación el 1 de enero de 2004, pero sin fecha de suscripción (fl. 18 a 21), copia del certificado de existencia y representación legal del Fondo de Pensionados de Bogotá – FONPENBOGOTÁ del 11 de septiembre de 2018, donde figura como Gerente (fl. 22 a 24), copia de actas de asamblea ordinaria 021 del 26 de febrero de 2011 y extraordinaria 029 del 7 de julio de 2018, así como de la Junta Directiva 301 de 28 de febrero de 2012 y 362 de 10 de octubre de 2017 (fl. 25 a 42) y, copia de estados financieros del 1 de enero al 30 de junio de 2018 (fl. 43 a 45); documentos todos estos en los que la actora ejerce como Representante Legal del Fondo.

A solicitud de la parte demandante fueron decretados los testimonios de Rene Alejandro Castañeda Salazar, Flor María Villate y Miguel Leonardo Betancur Moncada. El primero no se practicó como quiera que el deponente no compareció en la hora y fecha señalada. Por su parte, Flor María Villate, indicó conocer a la demandante hace 35 años o más, pertenecer al fondo de pensionados desde el 2005 aproximadamente y ser miembro de la junta directiva; que la demandante era la representante legal del Fondo, era una empleada, y tenía su salario mensual; no sabe si se firmó algún tipo de contrato. Afirma que a la demandante nunca se le pagaron prestaciones ni vacaciones, por lo que la junta directiva negoció con ella por sus servicios y se aprobó por 120 millones de pesos; después hubo otra reunión en la que se bajó el valor a

110 millones y finalmente en otra reunión, bajó la deuda a 100 millones de pesos; no recuerda las fechas; afirma que adicionalmente se llegó al acuerdo de que se le iba a pagar una bonificación de 35 millones. Todos los pagos se harían con la venta de la finca. Dice que la actora cumplía un horario de 8 de la mañana a 4 de la tarde, a veces se quedaba hasta las 4:30 o 5; que todo lo de la finca, ella se lo informaba al doctor Sobrino, presidente de la junta directiva, y él le decía cuáles eran las cosas que se tenían que hacer. La testigo, como miembro de la junta, no le dio órdenes o instrucciones a la señora Blanca; nunca se le hizo memorando o llamado de atención.

El testigo Miguel Leonardo Betancur Moncada, manifestó conocer a la actora hace aproximadamente 10 años, porque en ese entonces trabajaba arreglando computadores y hacía el mantenimiento a los computadores en la oficina del Fondo demandado. Aduce que la demandante siempre tuvo un vínculo laboral, trabajó como Gerente General y Representante Legal, en el edificio Antares, ella cumplía todas las funciones de atención, pago de bancos, administración de la oficina, del fondo, del inmueble ubicado en el municipio de Ricaurte, Cundinamarca, tenían una fotocopiadora y, que ella recibía las órdenes directas de presidencia, que estaba en cabeza del señor Agustín Sobrino; vendía fotocopias, gaseosa, tenían una tienda y ella tenía todas las funciones de aseo y, de servir los tintos. Indica que luego del año 2012 empezó a darle asesorías jurídicas al Fondo de Pensionados, se las daba a la señora Blanca, al señor Agustín Sobrino y, cuando había reuniones a la Junta Directiva. Dice que tiene un contrato de arrendamiento de bien inmueble con el fondo demandado, el que firmó con la demandante en calidad de Gerente General. No sabe de la existencia de un contrato de prestación de servicios de la demandante, dice que vio el contrato laboral a término indefinido.

Por parte de la demandada, se recibió el testimonio de Agustín Sobrino, quien manifestó ser afiliado al fondo demandado desde el año 1973 y, desempeñarse como presidente de la Junta Directiva. Dice que la demandante fue la Gerente del Fondo de Pensionados de Bogotá, más o menos desde el año 77; que el vínculo contractual era por prestación de

servicios. En cuanto al contrato con trabajadores de dirección, confianza y manejo, manifiesta que no recuerda haberlo firmado, y aclara que los estatutos del fondo no contemplan esta clase de contratos, sino de servicios y, que cuando la actora se posesionó aparece diciendo que aceptaba el cargo con el ánimo de colaborar. Afirma que la demandante no tenía jefe directo, sino el jefe que tenían todos, era la Asamblea; no recibía órdenes, se le daban unas sugerencias de la Junta Directiva y se elaboraba un plan de trabajo; no cumplía horario y; las funciones desempeñadas eran las de Gerente, las cuales estaban establecidas dentro de los estatutos del Fondo; nunca se le llamó la atención ni verbal ni por escrito. Afirma que lo que se aprobó en asamblea para pagar a la demandante fue la suma de 35 millones de pesos por concepto de un incentivo, porque como ella tuvo fue contrato de prestación de servicios no tenía derecho a ninguna prestación y, que ese valor estaba supeditado a la venta de la finca.

Al absolver interrogatorio de parte, la demandante manifestó que fue nombrada en una asamblea en junta directiva, no cumplía horario, empezó a cumplirlo en 1996; le hicieron contrato hace muchos años, nunca se lo renovaron. Tenía subordinación porque su jefe era el presidente, la Junta directiva, el comité de control social y los asociados. Hacía las veces de representante legal, de secretaria, iba a la finca, hacías las gestiones económicas. El fondo no tenía otros empleados. Primero ganaba salario por parte de la Caja de Previsión, pero luego se desvinculó la caja del fondo. Nunca le pagaron prestaciones ni vacaciones. Ejerció sus funciones hasta el 31 de julio de 2018.

Por su parte, el liquidador y actual representante legal de la demandada, adujo que entre las partes existió una relación contractual de tipo prestación de servicios, porque así se establece en el artículo 44 del estatuto, que es la norma interna. Que la demandante fue nombrada en un acta del 1 de julio de 1993 y estuvo hasta el día en que se declara la disolución de la liquidación, 31 de julio de 2018. Las funciones de la demandante en el fondo, según lo dice la superintendencia solidaria, eran recibir la plata de los asociados, pagarse sus honorarios y pagar el servicio de telefonía e internet y los arriendos. Explica que según se lee en las

actas, el Fondo es una organización que en orden jerárquico esta la Asamblea de asociados, que es todo el número de asociados, posterior hay una Junta Directiva, que está integrada por presidente, tesorero, vicepresidente y demás, y ellos en ocasiones, hacían observaciones de que la actividad no se estaba ejecutando como correspondía e hicieron sugerencias, pero nunca hubo un llamado de atención y, que las funciones de la señora Blanca estaban definidas en el estatuto. Indica que conoce todas las actas del fondo que están dentro de los expedientes, pero no tiene ninguna donde hayan reconocido que le deben pagar a la actora alguna suma, salvo de la “*bonificación*” que se propuso pagarle, pero aclaró que por el tipo de contratación correspondería en realidad a un incentivo.

La demandada aportó con la contestación, contrato de prestación de servicios celebrado en 2005 (fl. 122), informe de revisor fiscal de 2001 (fl.123), otrosí as un contrato de arrendamiento de 18 de abril de 2018, suscrito por la demandante en calidad de Gerente General del Fondo demandado (fl. 124 a 125), certificado de existencia y representación legal de la demandada del 21 de marzo de 2019 (fl. 126 a 128), informe general de visita de inspección de la Superintendencia de Economía Solidaria (fl.129 a 140), así como los estatutos del Fondo de Empleados de la Caja de Previsión Social del Distrito Especial de Bogotá (fl. 143 a 156) y los Estatutos de FEDECAPD de 1994 (fl. 157 a 196).

Analizados los medios de prueba reseñados, estima la Colegiatura que los servicios desplegados por Blanca Cecilia Ochoa Moreno, fueron realizados en el marco de un contrato con estirpe diferente al laboral, que su oficio lo desempeñaba con autonomía e independencia, regida claro está, a los Estatutos establecidos para el Fondo.

Es así como se observa de los Estatutos de FEDECAPD de 1994 aportados al plenario, que en sus artículos 44 y ss, se establece lo referente al Gerente, definición y nombramiento, consagrando que el Gerente es el Representante Legal del Fondo de Empleados y Pensionados de la Caja de Previsión Social de Santafé de Bogotá, D.C., hoy FONPENBOGOTÁ, principal ejecutor de las decisiones de la Asamblea General y de la Junta Directiva y **superior jerárquico de todos los**

funcionarios, excepto todos los que dependen del revisor Fiscal. Es elegido por la Junta Directiva mediante **contrato de servicios**, sin perjuicio de ser removido libremente en cualquier tiempo por el mencionado órgano (fl. 177 reverso). Igualmente, sus funciones se encuentran expresamente consagradas en el artículo 46 de la misma norma estatutaria.

De esta manera, es claro para esta Sala de decisión, que la vinculación de la actora no podía ser mediante contrato de trabajo como lo pretende en la demanda, dado que desde 1994, se reguló la forma de vinculación que regiría este cargo, en virtud de las facultades otorgadas por el artículo 196 del Código de Comercio, cuando indica que *“La representación de la sociedad y la administración de sus bienes y negocios se ajustará a las estipulaciones del contrato social, conforme al régimen de cada tipo de sociedad”*.

Sobre este aspecto, la Corte Constitucional, al estudiar la exequibilidad del artículo 189 de la norma comercial, explicó que el legislador dejó en libertad a las sociedades para definir cuál es el régimen jurídico que regirá la relación que se establece entre la compañía y su representante legal, respetando obviamente, la configuración de los tipos societarios y, en lo referente a la naturaleza de la vinculación jurídica entre una sociedad y sus administradores o representantes legales, indicó que al comportar un amplio poder de disposición y manejo sobre los bienes e intereses de la sociedad, que genera a su vez una especial relación de confianza no es extraño que la ley haya resuelto dar a su nexo jurídico con la sociedad un trato diferente del que la liga con el resto de sus trabajadores:

“Observa la Corte, que el demandante parte del supuesto equivocado de considerar que la relación que se establece entre la sociedad comercial y sus administradores es necesariamente de naturaleza laboral. Como se indicó, la ley mercantil reconoce autonomía a las sociedades (Art. 196) para estipular en el contrato social el régimen que adoptará para la administración y representación de la sociedad. A falta de estipulación, reconoce unas amplias facultades de gestión y representación a los administradores.

5.3. Advierte así mismo que aunque la gestión que desarrollan los administradores se encuentra sometida a controles como la revisoría fiscal y el ejercicio del derecho de inspección por cuenta de los socios, no cabe duda que la designación de estas personas está fundada en la confianza

depositada no solamente en razón a las calidades profesionales y gerenciales del elegido, que aseguren un desempeño eficiente, sino que reposa de manera prevalente, en las condiciones éticas del mismo, que garanticen la lealtad en el manejo de los intereses de los asociados.

Este criterio de la confianza como justificación de un régimen especial para los administradores ha sido adoptado por la jurisprudencia en precedente que aquí se reitera. En efecto la Corte recalcó "la especial relación de confianza que surge entre el ente asociativo y tales funcionarios (los administradores y revisores fiscales), por lo cual no es extraño que la ley haya resuelto dar a su nexo jurídico con la sociedad un trato diferente del que la liga con el resto de sus trabajadores" (C-434/96 Original sin subrayas).

5.4. En consecuencia, el régimen jurídico que rige la relación entre los administradores y la sociedad es el contemplado estatutariamente, de acuerdo con el tipo de sociedad, en atención a la autonomía que la ley reconoce a las sociedades en esta materia (Art. 196 C.Co.), opción que encuentra respaldo constitucional en el artículo 333 de la Carta, que protege la libertad económica e iniciativa privada, ejercida dentro de los límites del bien común.

A falta de estipulación contractual la ley mercantil contempla amplias facultades a los administradores designados para representar y comprometer a la sociedad, lo que implica que en tales eventos el vínculo jurídico que se establece, en virtud de un acto de elección, se encuentre fundado en una especial relación de confianza, por lo que no es posible equipararlo a una relación laboral sobre la cual recae una presunción de asimetría entre las partes y de sujeción, que convoca la especial protección constitucional (principio de estabilidad en el empleo) que invoca el demandante." (Sentencia C-384/2008)

Nótese entonces, que es desde los mismos estatutos que se consagra que, contrario a lo pretendido, el vínculo contractual de la demandante siempre se rigió por un contrato de prestación de servicios, como estaba contemplado en las normas que regularon a la sociedad. Aunado a lo anterior, las actividades por ella ejecutadas no lo fueron de manera subordinada, habida cuenta que la trabajadora era, en su calidad de gerente y representante legal del Fondo accionado, el superior jerárquico de los demás funcionarios y, estaba sometida a las disposiciones que le imponía el mismo contrato social (art. 46 de los Estatutos), todas ellas, directamente vinculadas al objeto social. Y aunque era por definición el principal ejecutor de las decisiones de la Asamblea General y de la Junta Directiva (art. 45) y, por lo mismo, debía rendir informes mensuales a ésta (num. 7, art. 46), así como, cumplir las funciones que se le asignaran por la Junta Directiva y la Asamblea General (num. 15, art. 46); ello no resulta indicativo de ser una verdadera subordinación, pues esta no se da por el simple hecho de que alguien verifique la labor que desempeña el

contratista, lo cual es apenas lógico, pues se está remunerando un trabajo que debe ser verificado; la que por demás, es de suma importancia para el correcto funcionamiento de la sociedad.

No pasa por alto la Sala que la testigo Flor María Villate aseguró que la demandante cumplía un horario, sin embargo, debido a la naturaleza de las actividades a su cargo, esto no resulta indicativo de subordinación, pues es lógico que en virtud de sus funciones requiriera ejercerlas en unos tiempos determinados; máxime cuando no se demostró por ningún medio que el referido horario obedeciera a una imposición del fondo o que haya sido la misma demandante quien se organizaba para el correcto desempeño de sus labores dentro de esa jornada. Así mismo, todos los testigos coincidieron en señalar que nunca se le hicieron llamados de atención.

Ahora bien, en lo referente al documento denominado “contrato con trabajadores de dirección, confianza y/o manejo”, visible a folios 18 a 21, suscrito entre la demandante como trabajadora y el señor Sobrino, como empleador, para iniciar el 1 de enero de 2004; con fundamento en el cual el *a quo* declaró la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido, debe precisarse que en el contenido del mismo, en su primer inciso, se indica que se trata de un contrato de prestación de servicios (fl. 18), aunado a que, de la lectura del documento se establece que las funciones a desempeñar son en forma exclusiva las inherentes al cargo de Representante Legal, de conformidad con los reglamentos (estatutos) y, pese a que se establecen unas obligaciones especiales, todas ellas son conexas a su cargo; sin que del mismo documento se pueda establecer que se desdibuje de manera alguna la contratación por prestación de servicios.

De conformidad con las consideraciones expuestas resulta claro que, pese a estar demostrada la prestación personal del servicio, del análisis en conjunto de los medios probatorios allegados y evacuados, se logra determinar que la demandante ejercía sus funciones como representante legal del Fondo de Pensionados accionado, de manera libre y autónoma, regida únicamente a los Estatutos que conocía desde el inicio de la aceptación del cargo y, que su contratación, siempre obedeció a lo

regulado en el contrato social o estatutos de la sociedad, por prestación de servicios. Así las cosas, resulta evidente que la demandada logró demostrar los hechos en los que fundó su defensa y, desvirtuar la presunción prevista en el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo.

En consecuencia, se revocará la sentencia de primera instancia en cuanto declaró la existencia de un contrato de trabajo entre la demandante y FONPENBOGOTA y, las condenas consecuentes.

(ii) De la conciliación y la bonificación

Alega la demandante recurrente que, dentro de las actas de la asamblea general, se reconoce la deuda por sus liquidaciones por valor de 100 millones de pesos y, una bonificación de 35 millones de pesos, soportada en el formato de gastos generales suscrito por el contador del fondo y por la demandante como representante legal, visible a folio 44.

Sobre el particular, el referido documento de folio 44, consiste en un estado de pérdidas y ganancias del 1 de enero al 30 de junio de 2018, suscrito por la demandante como representante legal y el señor Hernán Mauricio Parra Rubiano, como en calidad contador público; en el que dentro del ítem de gastos generales se incluye el concepto de *“Bonificación ‘Sra. Representante Legal’”* por valor de \$35'000.000.

Importa resaltar que, el referido documento no tiene efectos vinculantes en contra del fondo demandado, pues no se trata de una cuenta de cobro con fundamento en algún título ejecutivo. Y aun cuando la actora pretende darle la fuerza de una conciliación a las actas en donde se menciona su reconocimiento, debe precisarse que, si bien fue aprobado el pago de dicha suma en asamblea general extraordinaria del 7 de julio de 2018, no puede tenerse, ni este, ni el valor pretendido por 100 millones de pesos que se indica en las reuniones de la Junta Directiva del 28 de febrero de 2012 y 10 de octubre de 2017 (fls. 33 a 38), como valores conciliados, dado que tales documentos, no cumplen con los requisitos establecidos en el artículo 1 de la ley 640 de 2001 que reglamenta la materia, para lo constituir conciliación extrajudicial; máxime, cuando lo

que aquí quedó demostrado es la inexistencia de una relación laboral entre las partes; lo que conduce a confirmar la absolución que sobre este aspecto concluyó la primera instancia.

Costas de la primera instancia a cargo de la demandante; no se causan 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: REVOCAR los numerales segundo, tercero, cuarto y sexto, de la sentencia proferida el 13 de octubre de 2020 por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá para, en su lugar, **ABSOLVER** de todas y cada una de las pretensiones de la demanda.

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

TERCERO: Costas de la primera instancia a cargo de la demandante; sin costas en la apelación.

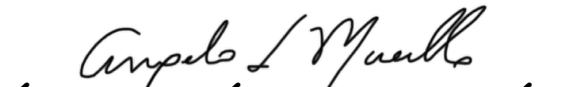
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada
007 2018 00566 02



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 007 2020 00073 01
DEMANDANTE: JOSE RUBEN RODRIGUEZ RAGUA
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 julio 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 Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 16 de enero de 2023. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

El accionante pretendió que se declare la nulidad o ineficacia de la afiliación de traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado a través del fondo privado demandado. En consecuencia, se ordenó al fondo privado la devolución de todas las sumas de dinero, bonos, cotizaciones, sumas adicionales recibidas por concepto de aportes obligatorios y rendimientos generados a Colpensiones y; a esta última, a reactivar la afiliación del accionante, sin solución de continuidad, recibir los aportes y rendimientos devueltos por el fondo privado demandado y actualizar y corregir la historia laboral del actor y ponerla a su disposición. Así mismo, se condene al fondo privado demandado al reconocimiento y pago de los perjuicios morales causados al accionante estimado en 200

SMMLV o la suma considerada por el juez y; se condene en costas a las demandadas.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 29 de noviembre de 1957; ha trabajado para Productos Alimenticios Doria S.A. a lo largo de su vida laboral; se afilió al sistema general de pensiones con el ISS, hoy Colpensiones, desde el año 1995. El 10 de marzo de 1996, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP Porvenir S.A. Afirma que suscribió el formulario de afiliación con la AFP sin recibir información técnica y adecuada. Manifiesta que presenta una multifiliación, no fue notificado de la realización de un comité de multivinculación en el cual se decidiera a cuál régimen quedaría afiliado. Asegura que se afilió a dicho fondo por considerar que era más beneficioso. El fondo privado no le hizo las advertencias de los riesgos de traslado de régimen, no le informaron sobre las modalidades de pensión o la mesada pensional que iba a recibir, no se le informó sobre el bono pensional o el funcionamiento del fondo privado y no se le explicó sobre el derecho al retracto. Aduce que la AFP demandada le realizó una proyección pensional siendo la mesada más beneficiosa en el RPM. Solicitó la nulidad de la afiliación ante las demandadas, obteniendo respuesta negativa (expediente digital, archivo 01, fls. 5 a 18).

Al dar contestación, Colpensiones se opuso a las súplicas de la demanda en su contra. Admitió la data de nacimiento del demandante, la afiliación en el ISS, la solicitud elevada y su respectiva respuesta. Manifestó que los restantes hechos 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 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 03, fls. 3 a 45).

Debidamente notificada, la AFP Porvenir no dio contestación a la demanda (expediente digital, archivo 05).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo del 16 de enero de 2023 (expediente digital, archivo 14), resolvió:

PRIMERO: Declarar la ineficacia de la afiliación y traslado realizado por: el señor demandante José Rubén Rodríguez Ragua, con la AFP Porvenir, contenida en el formulario No. 712658 del 10 de marzo de 1996.

SEGUNDO: Se le ordena a Porvenir a trasladar la totalidad de los valores depositados de la cuenta de ahorro individual de la que es titular el señor José Rubén Rodríguez Ragua, dineros que deben incluir todos los rendimientos que se hubieren generado hasta que se haga efectivo dicho traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por Colpensiones.

TERCERO: Ordenar a Porvenir a devolver a Colpensiones, todos los descuentos realizados de los aportes pensionales del demandante desde 1996, fecha de traslado ineficaz, el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Al momento de cumplirse esta orden judicial, para lo cual se le concede al fondo demandado el término de treinta (30) días, contados a partir del auto de obediencia al Superior, deberán presentar un informe, discriminando las sumas objeto de devolución a Colpensiones con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes, descuentos objeto de devolución, su indexación y demás información relevante que los justifiquen y que prevengan controversias posteriores a la ejecutoria de esta sentencia.

CUARTO: Ordenar a Colpensiones a recibirlo sin solución de continuidad como afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida desde su afiliación inicial al ISS.

QUINTO: Negar la solicitud de reconocimiento de perjuicios morales, de conformidad con lo enunciado en la parte motiva de esta sentencia.

SEXTO: Se declaran como no probadas las excepciones presentadas por la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones.

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

OCTAVO: Ordénese la consulta de esta sentencia, a favor de Colpensiones como entidad garantizada por la Nación y, a fin el superior revise la legalidad de lo decidido.

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP demandada no demostró haber cumplido con su deber de información al momento de la

afiliación ni posteriormente, sin que sea suficiente la simple suscripción del formulario; carga que le correspondía en los términos del artículo 1604 del Código Civil; concluyendo que la vinculación del demandante al régimen privado de pensiones no estuvo acorde al Estatuto de Seguridad Social y las reglas de libertad de escogencia del sistema.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes las demandadas Colpensiones y Porvenir apelaron lo resuelto.

Colpensiones manifestó que no se tuvo en cuenta el principio de la relatividad jurídica, en el entendido de que es un tercero ajeno a la controversia. Afirma que no es conveniente recibir al actor como afiliado de al RPM porque afecta el equilibrio financiero del sistema de Seguridad Social en pensiones establecido en el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia, de igual manera, argumenta que afectaría la reserva pensional. Por último, solicita se mantenga la condena impuesta al fondo privado, toda vez que, en atención a la teoría del daño en el derecho civil, quien causa el daño, es quien debe repararlo y no el tercero de buena fe.

La AFP Porvenir S.A. manifestó que el demandante al momento del traslado era una persona capaz y tomó la decisión libre, voluntaria e informada de trasladarse a este fondo; aduce que recaía en el accionante el deber de información; la entidad aseguraba el derecho de retracto con la publicación efectuada en el diario El Tiempo en el año 2004; del mismo modo, afirma que mantuvo constante comunicación con el afiliado. Se opone a la indexación, por cuanto afirma que es improcedente de acuerdo con lo mencionado en la sentencia C-061 del 2010; por último, se evidencia que la cuenta de ahorro individual del demandante no ha sufrido menoscabo, ni deterioro y, por el contrario, ha garantizado rendimientos financieros superiores a la rentabilidad mínima establecida para las cuentas 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 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 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 01 de noviembre de 1995 al 31 de marzo de 1996 (expediente digital, archivo 04); fecha a partir de la cual, migró al RAIS, a través de la AFP Porvenir S.A., mediante la suscripción de formulario de vinculación de marzo de 1996 (expediente digital, archivo 01, fl. 19).

Al absolver interrogatorio de parte el demandante señaló que empezó a cotizar al ISS desde el 02 de noviembre de 1995; en el año 1996 en la compañía donde trabajaba se realizó una reunión con un asesor de Porvenir para que se efectuó el traslado. Manifiesta que el asesor de Porvenir les informó que el ISS se iba a terminar y que debían afiliarse a este fondo privado. Asegura que la reunión fue de 20 minutos aproximadamente y les pasaron el formulario para que lo llenaran, lo llenó de manera voluntaria y lo firmó. Aduce que el traslado que hizo Porvenir fue a partir del 2001 y estuvo prácticamente 5 años en el ISS. Manifiesta que cuando cumplió 51 años se acercó a Porvenir para hacer el traslado y le dijeron que no era posible en razón a la edad. Por último, afirma que se enteró años después que el ISS hoy Colpensiones seguía de acuerdo a las políticas de gobierno que lo refinanció.

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 y 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., 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 ello, la sentencia se confirmará 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.

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 Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 16 de enero de 2023, únicamente 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 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

007 2020 00073 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 007 2021 00290 01
DEMANDANTE: JORGE ORLANDO CAICEDO ROJAS
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS.

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

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por las demandadas Colpensiones y Colfondos, así como por el Ministerio Público, contra la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 04 de mayo de 2023. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

El accionante pretendió que se declare la ineficacia de la afiliación de traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado a través de la AFP Colfondos S.A. el día 14 de octubre de 2003. En consecuencia, se ordenó a Colfondos S.A. el traslado de todos los aportes pensionales con sus rendimientos a Colpensiones y; a esta última, active la afiliación y efectúe la actualización de la historia laboral del accionante. Así mismo, se condene a lo ultra y extra *petita*, y las costas y agencias en derecho.

En respaldo de sus pretensiones, narró que efectuó aportes al liquidado ISS y a la Caja Nacional de Previsión Social antes de efectuar el cambio de régimen pensional y tenía un régimen especial de pensión; en el mes de julio de 1997 la oficina de recursos humanos de la Universidad

Cooperativa de Colombia le indicó que debía legalizar sus aportes a pensión por lo cual firmó un formulario de afiliación a pensión el cual no se reportó. En noviembre del año 2003, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP Colfondos S.A. Afirma que el asesor de la entidad demandada le indicó en una carta que debía actualizar la información en esta AFP, pero la realidad fáctica es que lo que se efectúa es un cambio de régimen, acción que no le fue comunicada; afirma que el asesor le indicó que gestionaría el trámite de los bonos pensionales tanto del ISS como de la Caja Nacional de Previsión depositados en la cuenta de ahorro individual; asegura que el traslado de régimen se efectuó sin un análisis, previo serio y completo que le permitiera al accionante efectuar el cambio de régimen pensional con suficiente ilustración e información de manera completa y veraz; que el formulario de afiliación no indica de manera completa las entidades para las cuales el afiliado había efectuado aportes pensionales al sistema público; no se le informó sobre el derecho de retracto y se omitió el deber de información financiera y comercial. Aduce que el estudio pensional presentado por la AFP indica que el actor no logrará pensionarse con el fondo de pensiones. Por último, elevó peticiones a las demandadas para que declaren la ineficacia de traslado, sin obtener respuesta (expediente digital, archivo 01).

Al dar contestación, Colpensiones se opuso a las súplicas de la demanda en su contra. Admitió los aportes efectuados por el actor al régimen de prima media y, la petición elevada. Manifestó que los restantes hechos no son ciertos o 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 19, fls. 3 a 38).

Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías rechazó las peticiones del escrito inaugural. Frente a los hechos manifestó que no son ciertos o no le constan. 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, archivo 18, fls. 5 a 17).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo del 04 de mayo de 2023 (expediente digital, archivo 40), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación y traslado realizado por el señor Jorge Orlando Caicedo Rojas con la AFP Colfondos el 14 de octubre de 2003 contenida en el formulario No. 8387167.

SEGUNDO: ORDENAR a Colfondos S.A., a trasladar a Colpensiones la totalidad de los valores depositados en la cuenta de ahorro individual de la que es titular el señor Jorge Orlando Caicedo Rojas Dineros que deben incluir los rendimientos que se hubieren generado hasta que se haga efectivo dicho traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por Colpensiones.

TERCERO: ORDENAR a Colfondos S.A., a devolver a Colpensiones, todos los descuentos realizados a los aportes pensionales del demandante desde el año 2003, cuando ocurrió el traslado del régimen pensional, tales como el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Al momento de cumplirse esta orden judicial, para lo cual se le concede al fondo demandado el termino de treinta (30) días, contados a partir del auto de obediencia al Superior, deberán presentar un informe debidamente discriminado con sus

respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes, descuentos objeto de devolución, su indexación y demás información relevante que los justifiquen y que prevengan controversias posteriores a la ejecutoria de esta sentencia.

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

QUINTO: SE DECLARAN NO PROBADAS las excepciones presentadas por la Administradora Colombiana De Pensiones – Colpensiones y Colfondos Pensiones Y Cesantías S.A.

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

SÉPTIMO: se ordena el grado jurisdiccional de consulta ante el superior a favor de Colpensiones.

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP demandada no demostró haber cumplido con su deber de información al momento de la afiliación ni posteriormente, sin que sea suficiente la simple suscripción del formulario; carga que le correspondía en los términos del artículo 1604 del Código Civil; concluyendo que la vinculación del demandante al régimen privado de pensiones no estuvo acorde al Estatuto de Seguridad Social y las reglas de libertad de escogencia del sistema.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes las demandadas Colpensiones y Colfondos; así como el Ministerio Público, apelaron lo resuelto.

Colpensiones manifestó que no existe prueba que permita acreditar si existió o no algún vicio del consentimiento, entendido como el deber de la información, por lo que existe una indebida y errónea interpretación del artículo 1604 del Código Civil, ya que es el afiliado el que debe al fondo la realización de sus aportes y solo hasta que se pensiona se invierten las partes. Al accionante no le asiste derecho a retornar al régimen de prima media, por encontrarse dentro de la prohibición legal de que trata la Ley 797 de 2003, y no ser beneficiario del régimen de transición; por lo que se está afectando la sostenibilidad financiera del sistema pensional y se pone en peligro el derecho fundamental a la seguridad social de los demás

afiliados. Finalmente, solicita que se revoque la condena en costas por ser Colpensiones un tercero en la controversia.

Colfondos aduce que no se planteó un vicio en el consentimiento por lo cual deba declararse la nulidad del traslado que se realizó en el año 2003; de igual manera, manifiesta que no hubo falta en la información brindada por la AFP, no se tachó el formulario de afiliación durante la práctica de pruebas y el fin principal era diferente a las situaciones planteadas en la fijación del litigio. Así mismo, se opone a la indexación de dichos dineros por cuanto ya se está ordenando devolver todos los conceptos provenientes de cotización, realizados por el actor con los rendimientos financieros, los cuales compensan ampliamente la pérdida de capacidad adquisitiva del peso colombiano.

El Ministerio Público se opone a la condena impuesta a Colpensiones en lo concerniente a las costas procesales, en razón a que es un tercero ajeno a la controversia jurídica convocada y solo hace parte por ser sujeto de la seguridad social; además el artículo 365 numeral 1 del Código General del Proceso, impone costas a la parte vencida en el proceso, sin que se planteara una pretensión concreta, pues la ineficacia se predica desde la afiliación al RAIS y por lo tanto, no se puede sostener que Colpensiones sea una parte vencida.

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 01 de enero de 1995 al 30 de abril de 1997 (expediente digital, archivo 21); migró al RAIS, a través de la AFP Colfondos S.A., mediante la suscripción de formulario de vinculación del 14 de octubre de 2003 (expediente digital, archivo 18. fl. 93).

Al absolver interrogatorio de parte el demandante señaló que el 16 de febrero de 1978 ingresó como notificador del Juzgado 19 Penal del Circuito de Bogotá, siendo afiliado a la Caja Nacional de Previsión Social; trabajó con los juzgados penales hasta más o menos el año 1990, después se desempeñó como abogado independiente; fue nombrado fiscal en el año 1994, donde trabajó hasta el año 1996; en el año 1997 se vinculó como docente en la Universidad Cooperativa de Bogotá, firmando el formulario de afiliación con Colfondos. Aduce que firmó el formulario de vinculación en ese año, pero que no aparece en la documentación brindada al despacho y que solo aparece el formulario de afiliación del año 2003; afirma que no diligenció el formulario y que esa no es su firma, ni su letra, que claramente es su nombre y cédula, pero asegura que él firmó el formulario en 1997.

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 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 Colfondos 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 y 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 Colfondos S.A., 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 ello, la sentencia se confirmará 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.

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 sin solución de continuidad como afiliado al demandante desde su afiliación inicial al ISS.

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 Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 4 de mayo de 2023, únicamente 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 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
007 2021 00290 01



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 008 2020 00451 01
DEMANDANTE: CECILIA CASTAÑEDA CARDENAS
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 julio 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 10 de mayo de 2023.

I. ANTECEDENTES

La accionante pretendió que se declare la ineficacia y/o nulidad del traslado y afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado a través de la AFP Protección S.A. el 01 de noviembre de 1998; de igual manera, se declare que siempre permaneció en el RPM sin solución de continuidad. En consecuencia, se ordene a Protección S.A. a trasladar los dineros recaudados por concepto de aportes pensionales y sus rendimientos, devolver las sumas de dinero percibidas por concepto de gastos de administración debidamente indexados y trasladar toda la información obtenida a través de las planillas de autoliquidación de aportes que constituyen la historia laboral de la demandante a Colpensiones, y a esta última, a anular el registro de traslado de la accionante, activar la afiliación de la misma, recibir y registrar en las bases de datos la información correspondiente a los aportes entregados o trasladados por la AFP. Así mismo, se condene a la parte demandada a las

costas y agencias en derecho y a la AFP Protección S.A. a lo ultra y extra *Petita*.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el día 23 de enero de 1960. Se vinculó laboralmente al Ministerio de Hacienda el 11 de noviembre de 1993, afiliándose a Cajanal; se afilió al ISS el día 15 de febrero de 1998. Se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de Protección S.A. el 01 de noviembre de 1998 suscribiendo formulario de traslado. Afirma que no recibió asesoría necesaria e información suficiente, cierta, transparente, clara y comparativa sobre las diferencias entre regímenes pensionales, requisitos exigidos en el RAIS, modalidades de pensión o desventajas del RAIS. Solicitó proyección de mesada pensional a la AFP a la edad de 61 años la cual tendría un valor de \$ 2.461.919 en el RAIS y un valor de \$2.636.396 en el RPM. Contrató un profesional para que realizara la proyección de mesada pensional a la edad de 60 años obteniendo un valor de \$4.654.845. No se encuentra pensionada (expediente digital, archivo 02, fls.1 a 16).

Al dar contestación, Colpensiones se opuso a las súplicas de la demanda en su contra. Admitió la data de nacimiento de la demandante y la afiliación al ISS. Manifestó que los restantes hechos no le constan o no son ciertos. Formuló como excepciones de mérito la prescripción y caducidad, inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir y las declarables de oficio. Argumentó que el traslado de régimen se llevó a cabo de manera libre de conformidad con la normatividad vigente de la época; la accionante no es beneficiaria del régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993 y se encuentra inmersa en la prohibición legal de retornar a prima media en razón de la edad. Por último, aceptarla en el RPM puede atentar la sostenibilidad financiera del sistema (expediente digital, archivo 19, fls.1 a 6).

Por su parte, la AFP Protección se opuso al éxito de las pretensiones. Admitió data de nacimiento de la demandante, la supresión y liquidación de Cajanal y la proyección de mesada pensional en el RAIS y en el RPM. Frente a los demás hecho manifestó 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 demás declarables oficiosamente. En su defensa expuso que la demandante manifestó su voluntad de continuar perteneciendo al RAIS, suscribiendo el mismo e indicando que la afiliación se realizó completamente libre de vicios del consentimiento, de igual manera, que la AFP 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; además nunca ejercicio de la facultad de regresar al RPM (expediente digital, archivo 24, fls. 1 a 29).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo del 10 de mayo de 2023 (expediente digital, carpeta 1, archivo 29), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado del régimen pensional a la señora Cecilia Castañeda Cárdenas, realizado de régimen de prima media al RAIS acaecido el día 09 de noviembre de 1998 mediante su afiliación antes ING hoy PROTECCIÓN, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a Colpensiones admitir el traslado de régimen pensional a la señora Cecilia Castañeda Cárdenas, conforme a lo señalado.

TERCERO: CONDENAR a la demandada Protección a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiera recibido por motivo de la afiliación a la señora Cecilia Castañeda Cárdenas, tales como cotizaciones, bonos, pensionales, costos cobrados por administración debidamente indexados y sumas adicionales con los respectivos intereses de conformidad con las previsiones del artículo 1746 del Código Civil, aplicable por remisión analógica en materia laboral, esto junto con los rendimientos que se hubieren causado.

CUARTO: CONDENAR a Colpensiones a aceptar todos los valores que devuelva Protección que reposaban en la cuenta de ahorro individual de la demandante y efectuar todos los ajustes en la historia pensional de la actora

QUINTO: COSTAS en esta instancia, a cargo de la parte demandada Protección liquidarse por Secretaría, fijando agencias en derecho la suma de \$1.160.000 de pesos.

SEXTO: Las costas procesales son a cargo de Colpensiones y Protección. Las agencias de derecho se tratan a favor de la demandante en 2 SMLMV a la fecha del pago, a cargo de cada uno de los demandados.

SEPTIMO: Como quiera que la presente decisión resulta adversa a los intereses de Colpensiones, se remitirá las diligencias al Honorable Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral para que se surta el grado jurisdiccional de consulta en favor de dicha entidad.

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP no demostró que, al momento del traslado, ni durante la vinculación, brindó al accionante información adecuada, oportuna y suficiente que le permitiera conocer las implicaciones de su decisión de trasladarse.

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

IV. 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 a la afiliada 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 seleccionó 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 la afiliada es o no beneficiaria 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.

V. CASO CONCRETO

Se encuentra demostrado en el proceso que la actora estuvo afiliada al régimen de prima media con prestación definida, cotizando al ISS desde el 15 de febrero de 1988 hasta el 27 de octubre de 1993 (expediente administrativo. fl.¹) y a Cajanal del 11 de noviembre de 1993 al 5 de enero de 1998 (expediente digital, archivo 08Prueba). Migró al RAIS, a través de

¹ GRP-SCH-HL-66554443332211_1978-20210506081736.

la AFP ING hoy Protección S.A., el 09 de noviembre de 1998 (expediente digital, archivo 24, fl. 84).

Al absolver interrogatorio de parte la demandante señaló que su jefa inmediata en el año 1998, la llamó y le dijo que el ISS se iba acabar y que la hermana del mensajero quien era asesora de Protección, las podía ayudar a realizar el traslado para que no perdieran los aportes cotizados en el ISS. Manifiesta que solo firmó el formulario de afiliación, pero no recibió asesoría o información sobre el bono pensional, derecho al retracto, requisitos de pensión entre otros. Asegura que se trasladó porque sintió confianza en la asesora y porque su jefa le indicó que lo hiciera. Aduce que recibe los extractos donde verifica donde trabajo y el aporte efectuado. Quiere retornar al RPM porque al ver las noticias y por comentarios de sus compañeros se siente frustrada al no haber recibido información sobre las consecuencias de estar en el régimen privado. Finalmente, manifiesta que sus abogados le hicieron una proyección de mesada pensional que recibiría en el RAIS y en el RPM, siendo más favorable para ella el régimen público.

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 ING, 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.

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., 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 ello, 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).

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 indicará en la parte resolutive de esta providencia.

No se causan costas en este grado jurisdiccional.

VI. 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 Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 10 de mayo 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 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 el grado jurisdiccional.

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 2021 00317 01
DEMANDANTE: JOSE ALBERTO RECALDE RAMIREZ
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 julio de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por las demandadas Porvenir y Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 03 de mayo de 2023. 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 S.A. en el mes de septiembre de 2003. En consecuencia, se ordenó a la AFP Porvenir S.A. retornar al demandante, junto con todos los valores que hubiere recibido, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, con los rendimientos que se hubieren causado y los gastos de administración pagados a Colpensiones y; a esta última, a recibir al accionante y mantenerlo como afiliado sin solución de continuidad. Así mismo, se condene a las demandadas el pago de las costas y agencias en derecho y a lo ultra y extra *petita*.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 22 de marzo de 1963; estuvo afiliado desde el mes enero de 1982 a diciembre de 1982 en el fondo del Ministerio de Defensa Nacional. En 1986 hasta 1993 estuvo afiliado a la Caja Departamental de Previsión Social del Huila. Se afilió al sistema régimen de prima media a través del ISS cotizando 482 semanas. En el mes de junio de 2003 se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP Porvenir S.A. Afirma que el fondo privado le ofreció beneficios superiores a los que podría obtener en el RPM, la AFP no le brindó información sobre el capital que debía acumular, requisitos de pensión, inversiones que realizarían con su capital. Manifiesta que no le realizaron una proyección de mesada pensional, o comparación entre los dos regímenes. La AFP realizó simulación pensional en la cual le informaron que a la edad de 62 años no recibiría mesada pensional; se realizó una simulación pensional en el RPM obteniendo a la edad de 62 años una mesada de \$1.554.929. Por último, elevó petición a las demandadas solicitando la ineficacia de traslado, obteniendo respuesta negativa (expediente digital, archivo 02, fls. 1 a 16).

Al dar contestación, Colpensiones se opuso a las súplicas de la demanda en su contra. Admitió la data de nacimiento del demandante, la afiliación al ISS, y la petición elevada con su respectiva respuesta. Manifestó que los restantes hechos no le constan. Formuló como excepciones de mérito la prescripción y caducidad, inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir y las declarables de oficio. Argumentó que el traslado de régimen se llevó a cabo de manera libre de conformidad con la normatividad vigente de la época; el accionante no es beneficiario del régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993 y se encuentra inmerso en prohibición legal de retornar a prima media en razón de la edad. Por último, aceptarlo en el RPM puede atentar la sostenibilidad financiera del sistema (expediente digital, archivo 07, fls. 2 a 9).

La AFP Porvenir se opuso al éxito de las pretensiones. Admitió la data de nacimiento del demandante y la petición elevada con su respectiva respuesta. Frente a los demás hechos manifestó no constarle o no ser 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 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 de hacerlo (expediente digital, archivo 09. fls. 2 a 28).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo del 03 de mayo de 2023 (expediente digital, archivo 15), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado del régimen pensional del señor José Alberto Recalde Ramírez, realizado de régimen de prima media al RAIS acaecido el 01 de septiembre del año 2003, mediante su afiliación a Porvenir, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a Colpensiones admitir el traslado de régimen pensional del señor José Alberto Recalde Ramírez, conforme a lo señalado.

TERCERO: CONDENAR a la demandada Porvenir a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiera recibido por motivo de la afiliación del señor José Alberto Recalde Ramírez, tales como cotizaciones, bonos pensionales, costos cobrados por administración debidamente indexados y sumas adicionales con los respectivos intereses de conformidad con las previsiones del artículo 1746 del Código Civil, aplicable por remisión analógica en materia laboral, esto junto con los rendimientos que se hubieren causado.

CUARTO: CONDENAR a Colpensiones a aceptar todos los valores que devuelva Porvenir que reposaban en la cuenta de ahorro individual de la demandante y efectuar todos los ajustes en la historia pensional del actor.

QUINTO: COSTAS en esta instancia, a cargo de la parte demandada Porvenir liquidarse por Secretaría, fijando como agencias en derecho la suma de un millón ciento sesenta mil pesos.

SEXTO: Como quiera que la presente decisión resulta adversa a los intereses de Colpensiones, se remitirá las diligencias al Honorable Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral para que se surta el grado jurisdiccional de consulta en favor de dicha entidad.

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP no demostró que, al momento del traslado, ni durante la vinculación, brindó al accionante

información adecuada, oportuna y suficiente que le permitiera conocer las implicaciones de su decisión de trasladarse.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes las demandadas Porvenir S.A. y Colpensiones, recurrieron la sentencia.

La AFP Porvenir S.A. solicita se revoque la condena teniendo en cuenta que el traslado del demandante se dio con apego a la normatividad vigente para dicha anualidad, se cumplió a cabalidad con el deber de información vigente para la época con referencias a las características propias del régimen de ahorro individual, no obstante, en el año 2003 no estaba en deber de Porvenir documentar la información y las particularidades que rodearon el régimen pensional. Así mismo, 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; finalmente, que con el traslado de los rendimientos afecta el patrimonio del fondo.

Colpensiones manifestó que el traslado que hizo el demandante al RAIS se realizó ejerciendo el derecho de libre escogencia y conforme a derecho en atención a las exigencias legales y normatividad de la época, no existían reglamentos que exigieran documentar a las AFP el traslado, realizar proyecciones de mesadas pensionales o comparativos entre los regímenes, de modo que brindada la información verbal y suscrito el formulario de afiliación debe tenerse como prueba válida el acto de traslado y esta entidad no reconoce que hubo falta de información por la AFP, que no es el que existe hoy en día. Por otra parte, la inconformidad que presenta el demandante es la mesada pensional que va a recibir en el RAIS, situación que por sí sola no conlleva la ineficacia de traslado. Ahora bien, si se trata de un perjuicio causado al accionante es la AFP quien debe repararlo por ser quien causó el daño. Por último, recibir al actor al RPM afecta la sostenibilidad y los valores trasladados serían insuficientes para cubrir la pensión.

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 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 régimen de prima media con prestación definida a través del Instituto de Seguros Sociales, desde el 01 de febrero de 1983 hasta el 16 de junio de 1986 (expediente administrativo, archivo¹) y, con la Caja Departamental De Previsión Social Del Huila, del 26 de junio de 1986 al 15 de marzo de 1993 (expediente digital, archivo 05Anexos, fls.8 a 13). Posteriormente migró al RAIS, a través de la AFP Porvenir S.A., mediante la suscripción de formulario de vinculación el 1 de septiembre de 2003 (expediente digital, archivo 09, fls. 29 y 69).

Al absolver interrogatorio de parte el demandante señaló que llegaron a su lugar de trabajo unos asesores de la AFP Porvenir en el año 2003, quienes les informaron que debían hacer el traslado porque el ISS desaparecería y perderían lo cotizado. Afirma que se trasladó al fondo privado por la información recibida; manifiesta que un asesor diligenció el formulario con la información que le suministró y que lo firmó, pero no leyó el formulario. Asegura que la reunión con el asesor duro entre 15 a 20

¹ GEN-RES-CO-2021_5534775-20210528042747.

minutos porque los asesores eran muy afanados en conseguir la afiliación de varias personas y era algo novedoso. Señala que recibe los extractos, pero no entiende la información contenida en estos. Manifiesta también que le hablaron de que iba a tener una cuenta de ahorro individual y unos rendimientos, pero no le informaron sobre el bono pensional. Se acercó a una de las oficinas de la AFP para averiguar de su pensión y le dijeron que iba a recibir una mesada pensional de un mínimo y luego documentalmente le informaron que a la edad de 62 no iba a recibir su mesada pensional. Quiere retornar a Colpensiones porque siente inconformidad con la simulación pensional realizada por el RAIS y es más beneficiosa la mesada pensional que recibiría en el RPM.

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 ING, 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.

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 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 Porvenir S.A. 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 ello, 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).

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.

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 tercero de la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 03 de mayo 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 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 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



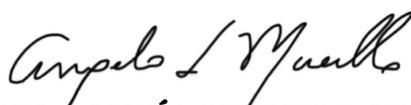
CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

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 009 2020 00147 01
DEMANDANTE: CARLOS ERNESTO HIGUERA MORANTES
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 julio de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por las partes contra la sentencia proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 15 de marzo de 2023. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

El accionante pretendió que se aplique el principio de favorabilidad y, se declare la nulidad del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de Porvenir. En consecuencia, se efectuó la totalidad del traslado de aportes a Colpensiones y; a esta última, efectuó la afiliación del accionante y se reconozca la pensión de vejez y retroactivo pensional. Por otro lado, solicita copia de los formularios de afiliación de Colpensiones y Porvenir, declaración testimonial de los asesores de Colpensiones y Porvenir con quien el accionante firmó los formularios de afiliación y desafiliación y el cálculo de acuerdo a la pensión de garantía mínima. Así mismo, se ordene el pago de los intereses moratorios, las costas procesales y agencias en derecho.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 11 de mayo de 1963, efectuó cotizaciones a Colpensiones desde el 20 de octubre de 1993 hasta

el 30 de abril de 2004; realizó cotizaciones a Porvenir desde el mes de febrero de 2004. Afirma que radicó revocatoria directa a Colpensiones el 25 de febrero de 2020 solicitando nulidad del traslado, copia de formulario de afiliación y desafiliación y reconocimiento de la pensión de vejez y retroactivo pensional. De igual manera, allegó revocatoria directa a Porvenir el 26 de febrero de 2020 solicitando la nulidad de afiliación y traslado de aportes a Colpensiones, copia de formulario de afiliación y desafiliación. Asegura que no le brindaron el deber de información a cargo, no se le brindó asesoría y buen consejo, doble asesoría o contestación del deber de información; no le realizaron una proyección del valor de la indemnización o devolución de los saldos. Finalmente, señala que no le brindaron información sobre los mecanismos de protección a la vejez (expediente digital, archivo 01, fls. 28 a 36).

Al dar contestación, Colpensiones se opuso a las súplicas de la demanda en su contra. Admitió la data de nacimiento del demandante, la afiliación al ISS en las fechas correspondientes, la radicación de la revocatoria solicitando y la falta del deber de información a cargo. Manifestó que los restantes hechos no le constan o no son ciertos. Formuló como excepciones de mérito las que denominó: la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, 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 SL 373 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 10. fls. 1 a 34).

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 se efectuó de manera informada, libre y voluntaria, siendo su traslado válido, lo que se corrobora con el formulario de afiliación, permaneciendo en el régimen por 25 años; además el demandante no es beneficiario del régimen de transición (expediente digital, archivo 08, fls. 92 a 121).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo del 15 de marzo de 2023 (expediente digital, archivo 23), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado que realizó el demandante, Carlos Ernesto Higuera Morantes, entre el RPM administrado por el Instituto de Seguros Sociales – hoy Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones - al RAIS, administrado por Porvenir S.A., el 5 de noviembre de 2003.

SEGUNDO: CONDENAR a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, las cotizaciones recibidas en su integridad, frutos, rendimientos financieros, bonos pensionales si los hubiere, así como gastos de administración, comisiones, porcentajes destinados al Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en los seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades y debidamente indexados al momento de cumplirse la orden, sin que haya lugar a descontar valor alguno de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

TERCERO: CONDENAR a Colpensiones a recibir de Porvenir S.A., todos los valores que le fueren trasladados, y abonarlos en el fondo común que administra, convalidando en la historia laboral del demandante las correspondientes semanas.

CUARTO: DECLARAR PROBADA DE OFICIO LA EXCEPCIÓN DE PETICIÓN ANTES DE TIEMPO, en lo tocante al reconocimiento y pago de la pensión de vejez, conforme a los argumentos esgrimidos en la parte motiva de la presente providencia.

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

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

SEPTIMO: Remítase el presente asunto ante la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C. a fin de que surta el GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA a favor de la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones, de conformidad con el artículo 69 CPTSS.

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP no demostró haber brindado al momento de la afiliación información clara y completa y con ello faltó a su deber de asesoría, lo que conduce a declarar la ineficacia del traslado.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme las demandadas Colpensiones y Porvenir, así como el demandante, apelaron lo resuelto.

Colpensiones manifestó que la demandante se encuentra inmersa en una prohibición legal de que trata el artículo 2 de la Ley 797 del 2003; argumenta que el demandante no acreditó los vicios del consentimiento como lo consagra el artículo 1740 del Código Civil. De igual manera, la nulidad no se alegó dentro del término que refiere el artículo 1750 del Código Civil. Por último, señala que la descapitalización del sistema es total señalando que no puede resultar subsidiado a costa de los recursos ahorrados de manera obligatoria por los otros afiliados al RPM.

La AFP Porvenir S.A. se opone a la condena impuesta en el numeral segundo de la sentencia de primera instancia, argumentando que no hay lugar a condenar que los recursos se retornen de forma indexada porque se han generado rendimientos en la cuenta de ahorro individual del accionante, por lo cual compensa la deprecación del poder adquisitivo que pueda llegar a tener cualquier cotización o aporte, por lo cual, ordenar que se indexe cualquier suma de dinero es sin duda imponerle una doble sanción sin que sea necesario realizar alguna operación matemática.

Por su parte, el demandante solicita se condene en costas a las demandadas, toda vez que, en su decir, persisten luego de la decisión.

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 20 de octubre de 1993 al 31 de diciembre de 2003 (expediente digital, archivo 10. fl. 251), posteriormente migró al RAIS, a través de la AFP Porvenir S.A., mediante la suscripción de formulario de vinculación del 05 de noviembre de 2003 (expediente digital, archivo 08. fl. 51).

Al absolver interrogatorio de parte el demandante señaló que el se encontraba trabajando con Telecom cuando al momento de renovar el contrato el gerente lo llamo para que firmara el contrato el cual contenía dentro del mismo el formato de afiliación con el fondo privado. Afirma que el no tuvo contacto con un asesor comercial y que el formulario lo entregó recursos humanos. Manifiesta que posterior a la afiliación no recibió alguna visita por parte del fondo privado. No le brindaron información sobre el cambio de régimen o requisitos para pensionarse. Aduce que recibe los extractos; sin embargo, no tenía conocimiento que generaban unos rendimientos. No le informaron sobre el derecho al retorno a RPM. Aduce que se acercó a las oficinas para que le brindaran información radicando un reclamo por falta de información. Finalmente, manifiesta que se percató de su situación pensional cuando sus compañeros ya se estaban pensionando con Colpensiones y él no.

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 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., 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 este aparte, 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 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 las demandadas 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, las administradoras

resultaron derrotadas, pues además de declararse la ineficacia del traslado, se le ordenó, a Porvenir trasladar los recursos a Colpensiones y, a ésta, a recibir los valores que le fueren trasladados, y abonarlos en el fondo común que administra, convalidando en la historia laboral del demandante las semanas correspondientes. En consecuencia, se adicionará la sentencia en este punto para ordenar la imposición de costas también a cargo de Colpensiones.

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 Noveno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 15 de marzo de 2023, en el sentido de indicar que las sumas allí dispuestas, deberán trasladarse debidamente actualizadas y, 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.

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: ADICIONAR el numeral cuarto de la sentencia recurrida, para ordenar la imposición de costas también a cargo de Colpensiones.

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 009 2021 00077 01
DEMANDANTE: NOHORA NORMA CONSTANZA REY MORENO
DEMANDADO: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de julio 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 Segundo Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 25 de octubre de 2022.

I. ANTECEDENTES

La accionante promovió demanda laboral para que se declare que cuenta con la protección especial de pre-pensionada a partir del 03 de enero de 2008 y, se condene a la demandada a reconocerle la pensión de jubilación convencional, a partir del 9 de diciembre de 2009, bajo los parámetros del artículo 98 y 101 de la convención colectiva de trabajo suscrita entre el ISS y Sintraseguridad Social; liquidada con una tasa de reemplazo de 75% del promedio de lo percibido en el último año de servicio; debidamente indexada; los intereses moratorios; lo ultra y extra *petita* y, las costas.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 09 de diciembre de 1959 y cumplió los 50 años en el 2009. Prestó sus servicios a la Secretaria de Salud Departamental, Unidad Móvil Hospital de San Gil

Santander, entre el 28 de julio de 1986 y el 27 de julio de 1987, en el cargo de odontóloga; al ISS entre el 21 de febrero de 1990 y el 25 de junio de 2003, en el cargo de Auxiliar de Odontólogo General; que mediante Decreto 1750 de 2003, se escindió el Instituto de Seguros Sociales y creó, entre otras, la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento, en donde continuó prestando sus servicios, entre el 26 de junio de 2003 y el 02 de enero de 2008, en el cargo de Odontóloga; para un total de 19 años, 1 mes y 21 días, faltándole menos de 3 años para adquirir la pensión; sin embargo, la ESE la desvinculó sin tener en cuenta la calidad de pre-pensionada que ostentaba. Manifestó que entre la organización sindical Sintra seguridad Social, a la que se encuentra afiliada, y el Instituto de Seguros Sociales, se suscribió una convención colectiva de trabajo el 31 de octubre de 2001, con vigencia diferencial, estableciendo en su artículo 98 la pensión de jubilación y, en el 101 la posibilidad de acumular tiempo público para completar los 20 años de servicio. El 24 de diciembre de 2019 radicó derecho de petición ante la UGPP solicitando el reconocimiento de la pensión de jubilación, obteniendo respuesta negativa, por no contar con el requisito de los 20 años de servicio y edad a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005 (*expediente digital, archivo 10Subsanacion (fls 240 a 259)*).

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 y a la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento, el cargo desempeñado, la convención colectiva suscrita, las normas que contemplan la pensión convencional y la posibilidad de acumular tiempos públicos, la reclamación administrativa y la respuesta negativa. Manifestó no ser ciertos, no constarle o, no ser situaciones fácticas los restantes. Propuso las excepciones de mérito de inexistencia de la obligación, buena fe, prescripción y, las demás declarables de oficio. En su defensa argumentó que el Acto Legislativo 01 de 2005 impide el reconocimiento de la prestación reclamada, por cuanto la demandante al 31 de julio de 2010, no reunía el lleno de los requisitos exigidos para el reconocimiento de la pensión de jubilación convencional, toda vez que a dicha fecha tenía 17 años de servicios y, en gracia de discusión, aceptando

la tesis de la parte demandante, tendría 19 años de servicios (*expediente digital, archivo 14ContestacionUGPP (fls 274 a 281)*).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Segundo Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 25 de octubre de 2022, absolvió a la demandada y condenó en costas a la demandante.

Como sustento de su decisión, señaló que la actora, a partir del 26 de junio del año 2003 pasó a ser empleada pública de la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento, por lo que los beneficios convencionales pactados con el ISS no podían estimarse como un derecho adquirido, puesto que para el momento en que operó la escisión no había cumplido con las condiciones consagradas en los artículos 98 y 101 de la Convención Colectiva de trabajo. Además, cumplió los 50 años de edad después de la vigencia de la Convención colectiva, por lo cual, tampoco acreditó su condición de beneficiaria del retén social en la modalidad de pre-pensionada, al tenor de lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley 790 del año 2002. Finalmente, para cuando se produjo el retiro de la demandante del Instituto de Seguros Sociales, es decir, el 25 de junio del año 2003, la accionante no había cumplido los 20 años exigidos por el artículo 98 convencional.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la parte demandante interpuso recurso de apelación, al argumentar que al operar la figura jurídica de sustitución del empleador, los trabajadores oficiales no pierden los beneficios convencionales, pues como se entiende que los contratos de trabajo no se extinguen por razón de la sustitución, los derechos incorporados a ellos, como lo serían los derivados de la Convención Colectiva, se mantienen mientras permanezca vigente, de conformidad con lo previsto en el artículo 49 de la ley 6 del 45. La accionante se encontraba a menos de 3 años de adquirir el derecho pensional, ya que nació el 9 de diciembre de 1959, por lo que la edad para adquirir la pensión convencional era el 9 de diciembre del 2009 y, la entidad la retiró del servicio el 2 de enero del 2008. Así las cosas, de conformidad con el artículo 98 convencional, para el caso de las mujeres la

edad de pensión sería a los 50 años, a los que arribó el 9 de diciembre de 2009, por lo que sí se encontraba dentro del término de la vigencia de la convención colectiva, de conformidad con el pronunciamiento de la Corte en que le dio una extensión y cumplimiento más allá del 31 de julio del 2010, aunado a que, el artículo 101 *ibídem*, le dio la opción de computar los tiempos de servicio prestados a otras entidades de derecho público, para que cumplieran este requisito de los 20 años.

IV. CONSIDERACIONES

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

Se encuentra acreditado dentro del proceso que la promotora del juicio prestó sus servicios personales así: **i)** a la Secretaria de Salud Departamental, Unidad Móvil Hospital de San Gil Santander, entre el 28 de julio de 1986 y el 27 de julio de 1987, en el cargo de Odontóloga Rural; **ii)** al extinto Instituto de Seguros Sociales, del 21 de febrero de 1990 al 25 de junio de 2003, como Odontólogo General y; **iii)** a la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento entre el 26 de junio de 2003 y el 02 de enero de 2008, a la que quedó incorporada automáticamente, sin solución de continuidad, en virtud del artículo 17 del Decreto 1750 de 2003. Así se verifica con las certificaciones expedidas por la secretaria de Salud de Santander, la ESE Hospital San Juan de Dios de San Gil, por el seguro Social y por el patrimonio autónomo de remanentes del ISS (*02AnexosDda (fls 03 a 120), fls.1 a 24*).

Igualmente, se logró verificar que, la accionante nació el 9 de diciembre de 1959, por lo que cumplió 50 años de edad el mismo día y mes de 2009, según se verifica con la copia de la cédula de ciudadanía (*02AnexosDda (fls 03 a 120), fl.27*) y; que era beneficiaria de la convención colectiva de trabajo suscrita entre el ISS y Sintraseguridad social, conforme se estipula en el artículo 3 del convenio (*02AnexosDda (fls 03 a 120), fls.25*).

El 24 de diciembre de 2019, la señora Rey Moreno solicitó a la accionada el reconocimiento de la pensión de jubilación convencional, pero, le fue negada mediante Resolución RDP 008022 de 27 de marzo de 2020, bajo el argumento de no cumplir los requisitos de edad y tiempo al 31 de octubre de 2004, fecha hasta la cual estuvo vigente el convenio colectivo (13ExpedienteAdm (fls 273) //20475209 UNIFICADO, fls.1 a 3).

Así, el problema jurídico planteado en el presente asunto, consiste en determinar si la demandante tiene de derecho al reconocimiento de la pensión de jubilación prevista en la convención colectiva 2001 – 2004, en aplicación del artículo 101 de la norma extralegal suscrita entre el Instituto de Seguros Sociales y la organización sindical Sintraseguridadsocial.

i) De la calidad de empleada pública de la accionante

De conformidad con el Decreto Ley 1750 de 2003, se escindió el Instituto de Seguros Sociales y se crearon varias Empresas Sociales del Estado, entre ellas la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento, última entidad a la cual prestó el servicio la demandante.

El numeral 5º del artículo 195 de la Ley 100 de 1993, relativo al régimen aplicable a las Empresas Sociales del Estado, dispone:

Las personas vinculadas a la empresa tendrán el carácter de empleados públicos y trabajadores oficiales, conforme a las reglas del capítulo IV de la ley 10 de 1990.

Por su parte, el artículo 26 de la Ley 10 de 1990 prevé:

Clasificación de empleos. En la estructura administrativa de la Nación, de las entidades territoriales o de sus entidades descentralizadas, para la organización y prestación de los servicios de salud, los empleos pueden ser de libre nombramiento y remoción o de carrera. Son empleos de libre nombramiento y remoción: (...)

Todos los demás empleos son de carrera. Los empleados de carrera, podrán ser designados en comisión, en cargos de libre nombramiento y remoción, sin perder su pertenencia a la carrera administrativa.

PARÁGRAFO. Son trabajadores oficiales, quienes desempeñen cargos no directivos destinados al mantenimiento de la planta física hospitalaria, o de servicios generales, en las mismas instituciones. (...)

A su turno, el artículo 16 del Decreto 1750 de 2003, establece:

Para todos los efectos legales, los servidores de las Empresas Sociales del Estado creadas en el presente decreto serán empleados públicos, salvo los que sin ser directivos, desempeñen funciones de mantenimiento de la planta física hospitalaria y de servicios generales, quienes serán trabajadores oficiales.

De conformidad con las normas pretranscritas, quienes prestan sus servicios para entidades públicas prestadoras del servicio de salud, entre las que se encuentra la E.S.E. Luis Carlos Galán Sarmiento, por regla general tienen la calidad de empleados públicos, y excepcionalmente tienen la condición de trabajadores oficiales aquellos servidores dedicados al mantenimiento de la planta física hospitalaria, o de servicios generales.

En estas condiciones, si la actora prestó sus servicios en la E.S.E. referida desempeñando el cargo de Odontóloga, en virtud de la escisión del Instituto de seguros Sociales, es evidente que su vinculación a partir del 26 de junio de 2003, no estuvo regida por un contrato de trabajo, sino que tuvo una relación legal y reglamentaria propia de los empleados públicos, ante la incorporación automática que dispuso el Decreto 1750 de 2003; ello por cuanto no se demostró que las funciones de la demandante tenían relación con el mantenimiento de la planta física hospitalaria o de servicios generales.

Así las cosas, como el referido decreto entró en vigor el 26 de junio de 2003, solo hasta esa fecha el vínculo laboral de la demandante con el ISS, lo fue en calidad de trabajadora oficial y, en virtud del referido Decreto se le incorporó automáticamente a la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento, lo que implicó un cambio en la naturaleza jurídica de la vinculación laboral, pasando a ser empleada pública, al no estar dentro de la excepción que preserva la calidad de trabajador oficial a quienes “*desempeñen funciones de mantenimiento de la planta física hospitalaria y de servicios generales*”.

ii) De la aplicación de la convención colectiva a los empleados públicos de las ESE.

Ha sido constante la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en el sentido de indicar que a los trabajadores oficiales que prestaban servicios al Instituto de Seguros Sociales, que se incorporaron automáticamente a las ESE, en virtud de la escisión prevista en el Decreto 1750 de 2003, en calidad de empleados públicos, no se les aplican los beneficios convencionales más allá del 25 de junio de 2003. Así lo ha explicado de antaño, desde la sentencia Radicado 35399 del 23 de julio de 2009, reiterada entre otras, en la SL6978-2014, SL6494-2016 y más recientemente, en la SL424 del 15 de febrero de 2022, cuando indicó:

De conformidad con el tenor literal del artículo transcrito, los servidores que pasaron a ser empleados públicos de las ESE, se regirán por el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos de la rama ejecutiva del nivel nacional, lo que excluye la posibilidad de aplicar a estos servidores el régimen propio de los trabajadores oficiales que tenían antes de la escisión del Instituto de Seguros Sociales.

La Corte Constitucional para declarar inexecutable la expresión o definición concerniente a lo que se debería entender por <derechos adquiridos> que contenía el citado artículo 18, según la sentencia de constitucionalidad C-314 de 2004, en lo que interesa al recurso de casación, en esencia se fundó en lo siguiente:

'(...)Ya que la convención colectiva de trabajo es un sistema jurídico que rige contratos de trabajo determinados, es posible afirmar que, en lo que respecta a los trabajadores cobijados por ella, aquella es fuente de derechos adquiridos por lo menos durante el tiempo en que dicha convención conserva su vigencia. Por lo mismo, dado que la definición prevista en el artículo 18 del Decreto 1750 de 2003 deja por fuera los derechos derivados de las convenciones colectivas de trabajo por el tiempo en que fueron pactadas, aquella resulta restrictiva del ámbito de protección de tales derechos de conformidad con el contexto constitucional y, por tanto, debe ser retirada del ordenamiento jurídico.

De conformidad con lo dicho, esta Corporación estima que la expresión [...] es inconstitucional por restringir el ámbito constitucional de protección de los derechos adquiridos, el cual, como se vio, trasciende la simple definición contenida en el artículo 18.

De lo anterior se sigue, que la Corte Constitucional consideró que dentro de los <derechos adquiridos> que se debían respetar a quienes pasaran a ser empleados públicos de las Empresas Sociales del Estado, por razón de la escisión del Instituto de Seguros Sociales, estaban también comprendidos aquellos que se derivaran de la convención colectiva de trabajo, pero lógicamente que se tratara de situaciones jurídicas consolidadas antes de la entrada en vigencia del Decreto 1750 de 2003, los cuales debían cubrirse hasta por el tiempo en que fueron pactados.

Además, nótese que la mencionada motivación, cuando se refiere a quienes están cobijados por la convención colectiva, alude exclusivamente a los <trabajadores> para el caso oficiales, y por consiguiente lo resuelto por esa alta Corporación no puede conllevar a que se entienda que dichos servidores o empleados públicos de las ESE se puedan beneficiar de ahí en adelante indistintamente de prerrogativas convencionales y menos sobre derechos que no se causaron cuando éstos ostentaban la condición de trabajadores oficiales.

Bajo esta órbita, la vigencia del convenio colectivo de trabajo en relación a quienes por mandato legal se les cambió la naturaleza del vínculo laboral, y frente a derechos no adquiridos ni consolidados, no va más allá del momento en que mutaron de trabajadores oficiales a empleados públicos.

Adicionalmente, es pertinente precisar, que como no es factible jurídicamente aplicarle a un empleado público una norma convencional, máxime que la fuente legal de esta clase de derechos que lo es el artículo 467 del Código Sustantivo del Trabajo, se refiere expresamente a que las condiciones a fijar regirán son los <contratos de trabajo>; se colige que los empleados públicos de la Empresa Social del Estado Rafael Uribe Uribe, que a partir de la escisión del ISS que se produjo el 26 de junio de 2003 dejaron de estar vinculados por una relación contractual laboral, como ocurrió con la demandante, no pueden beneficiarse de la convención colectiva de trabajo; salvo que de conformidad con el artículo 18 del Decreto 1750 de 2003, se trate de un derecho adquirido ya sea legal o convencional que se hubiera consolidado con antelación a la escisión del Instituto de Seguros Sociales y bajo la condición de trabajadora oficial; que no sería el caso del reconocimiento o reliquidación de la pensión de jubilación implorada en esta litis en los términos del artículo 98 convencional, por haberse causado el derecho como atrás se dijo el 16 de Diciembre de 2004 siendo la accionante empleada pública.

Por consiguiente, tratándose de un empleado público de las ESE, los derechos consolidados o causados después de la entrada en vigencia del tantas veces mencionado Decreto 1750 de 2003, no es dable otorgarlos teniendo como fuente la convención colectiva de trabajo.

Finalmente, en lo que incumbe a la sentencia de exequibilidad C- 349 del 20 de abril de 2004, cabe decir que por virtud de que la misma se remite a lo expuesto en la sentencia C-314 de 2004, sirven las mismas consideraciones para estimar que el respeto de los derechos adquiridos que allí se mencionan, se concibe en los términos antes expresados. (Subrayas originales).

Bajo las anteriores precisiones jurisprudenciales, se concluye que la actora, en su condición de empleada pública de la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento a partir del 26 de junio de 2003, no podía ser beneficiaria desde ese momento de la convención colectiva de trabajo vigente en el Instituto de Seguros Sociales, salvo de los derechos consolidados durante la relación laboral directa con el instituto, cuando ostentaba la condición de trabajadora oficial; razón por la cual, para que pudiera ser beneficiaria de la pensión reclamada, en los términos de las cláusulas 98 y 101 del

acuerdo convencional, requería haber consolidado sus requisitos antes del 26 de junio de 2003.

iii) De la pensión de jubilación

Pretende la accionante, el reconocimiento de la pensión de jubilación convencional, a partir del 9 de diciembre de 2009, bajo los parámetros del artículo 98 y 101 de la convención colectiva de trabajo suscrita entre el ISS y Sintraseguridad Social.

Los preceptos convencionales en cita disponen:

“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:

(...)

ARTÍCULO 101. ACUMULACIÓN DE TIEMPO DE SERVICIOS. Los servicios prestados sucesiva o alternativamente en las demás entidades de derecho público podrá acumularse para el cómputo del tiempo requerido para poder tener derecho a: pensión de jubilación y el monto correspondiente se distribuirá en proporción al tiempo laborado en cada una de tales entidades.

En este caso la cuantía de la pensión será del 75% del promedio de lo percibido en el último año de servicios por concepto de todos los factores de remuneración que constituyen salario”.

Con arreglo a los anteriores preceptos, 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, mientras le eran aplicables los beneficios convencionales; lo que, cómo se reseñó en precedencia, no logró acreditar en el presente caso, pues en la Secretaría de Salud Departamental de Santander prestó sus servicios entre el 28 de julio de 1986 y el 27 de julio de 1987, por 1 año y, en el Instituto de Seguros Sociales, del 21 de febrero de 1990 al 25 de junio de 2003, por 13 años, 4 meses, 5 días, para un total de 14 años, 4 meses y 5 días, al 25 de junio de 2003, fecha en que dejó de ser trabajadora oficial.

Conviene precisar que, como quiera que la demandante no cumplió con los 20 años de servicios a la fecha en que ocurrió la escisión de la entidad, pasando automáticamente a ser empleada pública de la ESE y cambiando la naturaleza jurídica de su vinculación, no es posible considerarse la pensión extralegal un derecho adquirido, pues conforme a la redacción de la cláusula 98 del estatuto colectivo, a la pensión se accede con el cumplimiento del tiempo y edad en su condición de trabajador oficial, lo cual aquí no aconteció.

Al punto, la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 1860 de 2020, al estudiar el artículo 98 de la Convención Colectiva suscrita entre el ISS y Sintraseguridadsocial, rememoró las sentencias Radicación. 41971 del 16 octubre de 2012, SL1248-2014, SL 435-2015, en la que adujo:

*“Un entendimiento razonable y objetivo de la mencionada cláusula, deriva en que es obligación del trabajador cumplir los requisitos de edad y tiempo de servicios allí previstos, mientras se conserva la naturaleza de trabajador oficial, esto es, en vigencia de la relación de trabajo con el Instituto de Seguros Sociales, **pues entre tanto, tal solo cuenta con una expectativa y no un derecho adquirido**”*

En esa línea de pensamiento, se advierte que en el presente asunto la promotora del juicio no tiene derecho al reconocimiento de la prestación convencional implorada, toda vez que no logra verificar el cumplimiento del requisito de tiempo exigido en el artículo 98 de la CCT, para ostentar derecho a la pensión de jubilación, esto es, por al menos 20 años de servicios.

iv) De la calidad de pre-pensionada.

La accionante aduce la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento la desvinculó el 02 de enero de 2008, sin tener en cuenta la calidad de pre-pensionada que ostentaba, pues en su decir, le faltaban menos de 3 años para adquirir la pensión, bajo los parámetros del artículo 98 y 101 de la convención colectiva de trabajo suscrita entre el ISS y Sintraseguridad Social, toda vez que nació el 09 de diciembre de 1959, cumpliendo los 50 años de edad en el 2009 y, tenía un total de 19 años, 1 mes y 21 días de servicios prestados a entidades públicas.

Sobre este aspecto, baste con precisar que como quedó visto, la señora Rey Moreno, en el momento de quedar automáticamente vinculada a la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento, el 26 de junio de 2003, dejó de ser beneficiaria de la convención colectiva de trabajo que consagraba la pensión extralegal de jubilación; siendo que, para esa data, contaba con 43 años de edad y 14 años de servicios a entidades públicas, por lo que en los términos del artículo 98 de la CCT, le faltaban más de 6 años para adquirir el derecho pensional extralegal.

En este sentido, de conformidad con el Decreto 190 de 2003 que reglamentó parcialmente la ley 790 de 2002, tienen la calidad de prepensionados aquellos a quienes les faltan 3 años o menos para reunir los requisitos de edad y las semanas de cotización para acceder a la pensión de jubilación; descartándose de plano entonces, la calidad de prepensionada alegada.

Y en el mismo entendido se descarta esta calidad respecto de una pensión legal de vejez, para la fecha en que fue desvinculada de la ESE, el 02 de enero de 2008, toda vez que para esa data la exigencia de edad para las mujeres ya era de 57 años, en los términos de la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003, faltándole más de 7 años para llegar a esa edad.

De conformidad con las anteriores consideraciones, una vez verificada la inexistencia del derecho reclamado, la Sala confirmará la sentencia apelada.

No se causan costas en la alzada.

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 por el Juzgado Segundo Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 25 de octubre de 2022.

SEGUNDO: Sin costas en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



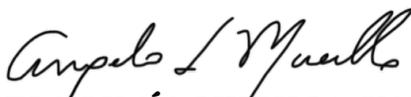
CARMEN CÉCILIA CORTÉS SÁNCHEZ

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 011 2019 00683 01
DEMANDANTE: VILMA BENAVIDES MAYORCA
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS.

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de julio 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 Cuarenta Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 01 de junio 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 de traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado a través de la AFP Colfondos S.A. el día 13 de junio de 1995 y, debe ser restituida al estado inicial en que se encontraba antes del traslado. En consecuencia, se condene a Colfondos S.A. a dejar sin efectos por ineficaz la afiliación y se realice el traslado de los saldos con los detalles y rendimientos respectivos a Colpensiones y; a esta última, a realizar la afiliación de la accionante y a admitir los ahorros y rendimientos trasladados por la AFP e integrar las semanas de cotización en su historia laboral. Así mismo, se condene a lo ultra y extra *petita*, y las costas procesales.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 15 de febrero de 1958; es beneficiaria del régimen de transición, toda vez que al entrar en

vigencia el sistema tenía más de 35 años de edad. Estuvo vinculada al servicio público desde el 16 de marzo de 1977 hasta el 09 de febrero de 1997, aportando 825.56 semanas como servidora pública. Estando laborando para el Ministerio de Agricultura y desarrollo Rural, el 13 de junio de 1995, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP Colfondos S.A. Afirma que el asesor no le brindó asesoría, ni le advirtió las consecuencias del traslado al RAIS; que firmó el formulario de afiliación porque al ser servidora pública no había sido afiliada al ISS y le quedaba como opción afiliarse a un fondo privado, pues el ISS se iba a liquidar y, su dinero iba a estar más seguro en el fondo privado, que le brindaba mayor rentabilidad y podía pensionarse antes de los 57 años de edad. Asegura que la asesora no le explicó la diferencia entre los dos regímenes pensionales; no tomó la decisión de trasladarse de manera libre, espontánea, sin presiones, ni con total conocimiento de sus consecuencias. Afirma que cotiza un promedio de 9.49 SMLMV y, que tiene 1899.28 semanas cotizadas al Sistema General de Pensiones. Solicitó simulación pensional a la AFP, arrojándole una mesada pensional de \$2.493.165. Por último, elevó petición a Colpensiones solicitando la nulidad y/o ineficacia de la afiliación obteniendo respuesta negativa (expediente digital, archivo 01, fls. 5 a 20).

Al dar contestación, Colpensiones se opuso a las súplicas de la demanda en su contra. Admitió que la data de nacimiento de la demandante y la petición elevada con su respectiva respuesta. 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 y; que no se configuró vicio del consentimiento (expediente digital, archivo 02, fls. 23 a 52).

Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías no presentó oposición frente a la prosperidad de las declaraciones y condenas del escrito inaugural. Admitió la data de nacimiento de la demandante y la respuesta a la solicitud elevada. Frente a los demás hechos manifestó que no son ciertos o no le constan. Formuló las excepciones de buena fe, compensación y pago, y las declarables de oficio. Sostuvo que la información que se brindó a la demandante fue suficiente, completa y veraz, sin omitir a la verdad, se informó a la demandante al momento de la afiliación que el valor real de la pensión sería determinado una vez se cumplieran los requisitos para acceder a la pensión y una vez la misma fuera solicitada ante la AFP (expediente digital, archivo 03, fls. 1 a 8).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Cuarenta Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo del 01 de junio de 2023 (expediente digital, archivo 19), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR ineficaz el traslado efectuado por la demandante Vilma Benavides Mayorca identificada con CC. 41.734.752 en el año 1995 del régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS hoy Colpensiones al régimen de ahorro individual con solidaridad RAIS administrado por Colfondos S.A., por omitirse el deber de información que rige en materia de seguridad social, de conformidad con lo expuesto en esta decisión.

SEGUNDO: DECLARAR que la demandante Vilma Benavides Mayorca ha estado afiliada al régimen solidario de prima media con prestación definida sin solución de continuidad desde su elección inicial, conforme a lo considerado en esta decisión.

TERCERO: DECLARAR no probados los medios exceptivos formulados por los apoderados judiciales de las demandadas Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y Colfondos S.A atendiendo lo señalado en esta decisión.

CUARTO: CONDENAR a la demandada Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Colfondos S.A. a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, todas las sumas de dinero que están consignadas en la cuenta de ahorro individual de la demandante Vilma Benavides Mayorca, incluidos los rendimientos financieros; así como los porcentajes correspondientes a los gastos y/o comisiones de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, al igual que los aportes con destino al fondo de garantía de pensión mínima, y con cargo a sus propios recursos, y eventualmente de los bonos pensionales, si los hubiere o, en su defecto, cuando se rediman.

QUINTO: CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a que, una vez la Administradora de Fondos de Pensiones Colfondos SA trasladen los recursos a su cargo, los reciba a satisfacción a efectos de reflejarlos en la historia laboral de la demandante Vilma Benavides Mayorca, con sus respectivos valores, IBC y un detalle pormenorizado de los ciclos de cotización.

SEXTO: Sin condena en costas en esta instancia.

SÉPTIMO: En caso tal de que la presente decisión no sea apelada CONSÚLTESE con el Tribunal Superior- Sala Laboral del Distrito Judicial de Bogotá, de igual forma respecto de los puntos que no sean objeto de apelación.

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP demandada no logró demostrar que dio cumplimiento a su deber de información debidamente ilustrada a la afiliada al momento de realizar el traslado.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme Colpensiones manifestó que a la accionante no le asiste derecho a retornar al régimen de prima media, por encontrarse dentro de la prohibición legal de que trata la Ley 797 de 2003, y no es beneficiaria del régimen de transición; por lo que se está afectando la sostenibilidad financiera del sistema pensional y se pone en peligro el derecho fundamental a la seguridad social de los demás afiliados. Finalmente, señala que recaía en la demandante el deber de información sobre el régimen al que estaba afiliada para tomar la decisión de continuar en este o trasladarse a otro.

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 a la afiliada 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 de la afiliada y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación a la afiliada 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 la afiliada es o no beneficiaria 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 al régimen de prima media con prestación definida, a través de Capresub, Corporanonimas y Cajanal, desde el 16 de marzo de 1977 (expediente digital, archivo 01, fls. 71 a 72, 82 a 85. 88 a 90 y 92 a 93). Posteriormente, migró al RAIS, a través de la AFP Colfondos S.A., mediante la suscripción de formulario de vinculación del 13 de junio de 1995 (expediente digital, archivo 03. fl. 93).

Al absolver interrogatorio de parte el demandante señaló que una asesora del fondo privado llegó a su lugar de trabajo para realizar el traslado al RAIS; les informó que las cajas de previsión y el ISS se iban a acabar y debían afiliarse al fondo privado porque era la única opción en esa época. Aduce que no revisó los términos y condiciones porque lo único que le entregaron fue el formulario de afiliación que contenía sus datos generales como nombre, número de cédula y datos de su núcleo familiar; la asesora fue quien diligenció el formulario y ella solo lo firmó, porque no tenía otra opción y debía afiliarse de inmediato para seguir haciendo las consignaciones en pensión. Señala que le llegan los extractos, pero no entiende claramente la información contenida en estos; afirma que no le explicaron sobre el derecho de retracto y que no se encuentra pensionada.

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 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 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 Colfondos S.A., 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 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 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.

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 cuarto de la sentencia proferida por el Juzgado Cuarenta Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 1 de junio

de 2023, en el sentido de indicar que, 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: 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 GABAY

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 014 2020 00180 0
DEMANDANTE: LUZ MARINA MONZON CIFUENTES
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 julio de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por las demandadas Porvenir S.A. y Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 23 de mayo 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 del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado a través de la AFP Porvenir en octubre de 1988, de igual manera, se declarare que la actora se encuentra válidamente afiliada al RPM. En consecuencia, se condene a la AFP Porvenir S.A. a trasladar los aportes realizados Colpensiones, y a esta última, se ordene contabilizar para efectos de pensión, las semanas cotizadas por la actora en el RAIS. Así mismo, se condene a lo ultra y extra *petita* y, costas.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 15 de agosto de 1964. Se afilió al Sistema General de Pensiones el 01 de julio de 1989 con Cajanal. El 01 de abril de 1995, se afilió al ISS hoy Colpensiones. Se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP

Porvenir S.A., en octubre de 1998. Afirma que no fue asesorada o informada por la AFP de manera completa, clara, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y cierta respecto a las diferencias entre uno u otro régimen pensional, prestaciones económicas que obtendría en el RAIS, beneficios, desventajas o inconvenientes. Acredita un total de 1490 semanas. Manifiesta que en el RPM a la edad de 57 años obtendría una mesada pensional de \$6.805.195 y según la proyección elaborada por Porvenir a la edad de 57 años su mesada pensional sería de \$2.141.900. Finalmente elevó solicitud de nulidad o ineficacia de traslado a las demandadas, obteniendo respuesta negativa (expediente digital, archivo 01, fls. 3 a 17).

Al dar contestación, Colpensiones se opuso a las súplicas de la demanda en su contra. Admitió la data de nacimiento de la demandante y la solicitud de traslado. Manifestó que los restantes hechos no le constan. Formuló como excepciones de mérito las que denominó: la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, 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 la AFP; 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 19. fls. 2 a 23).

La AFP Porvenir se opuso al éxito de las pretensiones. Admitió la data de nacimiento de la demandante, la afiliación con esta AFP, las semanas cotizadas, la proyección pensional y la solicitud elevada con su respectiva

respuesta. Frente a los demás hechos manifestó 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 la demandante también tenía el deber de informarse sobre el traslado de régimen y sus consecuencias; que durante su vinculación como afiliada de la AFP no revirtió su decisión, pese a que contaba con la posibilidad de hacerlo (expediente digital, archivo 27, fls. 2 a 25).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo del 23 de mayo de 2023 (expediente digital, archivo 47), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del acto de traslado que hizo la demandante señora Luz Marina Monzón Cifuentes del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la AFP Porvenir S.A.; señalando como consecuencia de tal declaración, que ningún efecto jurídico surtió el traslado y por tanto siempre estuvo afiliada al régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por Colpensiones.

SEGUNDO: ORDENAR a la AFP Porvenir S.A., donde se encuentra actualmente afiliada la demandante, a trasladar a Colpensiones, el saldo total de la cuenta individual de ahorro, incluyendo los rendimientos financieros, sin descontar suma alguna por concepto de gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, porcentaje destinado al fondo de garantía mínima y comisiones. Sumas debidamente indexadas.

TERCERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas por todo el extremo pasivo de la acción.

CUARTO: CONDENAR EN COSTAS de la acción a las partes demandadas. Tásense.

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP Porvenir no demostró que brindó información completa y suficiente, que le permitiera a la actora tomar la decisión consiente de trasladarse, requisito que no se acredita con la suscripción del formulario de afiliación, por lo que procede declarar la ineficacia deprecada.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes las demandadas Porvenir S.A. y Colpensiones apelaron lo resuelto.

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. Finalmente, los rendimientos en la cuenta de ahorro individual de la accionante, compensan la deprecación del poder adquisitivo que pueda llegar a tener cualquier cotización o aporte.

Colpensiones manifestó que no hubo falta del deber de información en razón a que, en atención a la normatividad de la época, la aceptación espontánea, libre y expresa para trasladarse de régimen se manifestaba a través de la firma del formulario de afiliación, en este caso por la demandante; del mismo modo, no nacía la obligación de brindarle una doble asesoría a los afiliados. Por otro lado, argumenta que no se tuvo en cuenta el principio de relatividad jurídica en torno a que Colpensiones es un tercero en el asunto y, que la decisión afecta el equilibrio y la sostenibilidad financiera, consagrados en el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia.

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 a la afiliada 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 de la afiliada y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación a la afiliada 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 la afiliada es o no beneficiaria 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 01 de abril de 1995 al 30 de septiembre de 1998 (expediente digital, archivo 33. fl. 648); posteriormente migró al RAIS, a través de la AFP Porvenir S.A., mediante la suscripción de formulario de vinculación el 23 de septiembre de 1998 (expediente digital, archivo 27. fl.77).

Al absolver interrogatorio de parte la demandante señaló que en el año 1998 se vinculó con la Comisión Nacional de Juristas en el mes de septiembre. Afirma que no recibió asesoría por parte de un asesor comercial del fondo privado, debido a que la persona de administración de su lugar de trabajo le pasó los documentos previamente diligenciados para que los firmara. Asegura que leyó la información general y no sabía porque se incluían sus familiares. Aduce que recibía los extractos, pero no tenía conocimiento del contenido de los mismos. Manifiesta que ella recibió asesoría por parte de un asesor para que realizara aportes voluntarios como una inversión, pero no tuvo información posterior sobre ese tema. Señala que no tenía conocimiento de los rendimientos que generaba la cuenta de ahorro individual. Finalmente, manifiesta que se acercó a las oficinas de la AFP para que le dieran asesoramiento sobre su situación pensional sin recibir respuesta.

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 AFP Porvenir faltó a su deber de información, 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., 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 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).

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.

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 en el numeral segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 23 de mayo de 2023, 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 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; 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: 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

Radicación n.º 110013105 014 2020 00180 01.

Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada
Con aclaración de voto
014 2020 00180 01



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 014 2020 00316 01
DEMANDANTE: HELIODORO PULIDO POVEDA
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES.

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

SENTENCIA

La Sala decide el grado jurisdiccional de consulta en favor del demandante dentro de la sentencia proferida por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 15 de noviembre de 2022.

I. ANTECEDENTES

El accionante pretende que se declare que tiene derecho a la pensión de vejez en aplicación del régimen de transición de la Ley 100 de 1993; en consecuencia, se condene a la demandada a reconocer y pagar la prestación aludida; los intereses moratorios; la indexación; costas y, lo ultra y extra *petita*.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 18 de junio de 1954, por lo que cumplió 60 años de edad en el año 2014 y 65 en junio de 2019. Prestó servicio militar como soldado entre el 10 de agosto de 1974 y el 30 de junio de 1976, por un total de 153.14 semanas. Mediante resolución GNR372570 del 17 de octubre de 2014, le fue reconocida una indemnización sustitutiva y, mediante oficio del 10 de abril de 2017, se le indicó que en un posible reconocimiento pensional se tendrían en cuenta los tiempos certificados por el Ministerio de Defensa. Solicitó la recuperación de semanas por el lapso de vínculo con el Empleador *PROCE*

DE FIBRAS FIBRALANA LTDA, por el periodo comprendido entre el 1 de febrero de 1974 al 28 de febrero de 1978, obteniendo respuesta negativa por Colpensiones. El 29 de agosto de 2019 solicitó ante FIDUAGRARIA S.A., imputar la totalidad de los subsidios desde que se consolidó la afiliación, esto es, de 01 de julio de 2009 a 28 de abril de 2014, sin obtener respuesta. El 30 de enero de 2019, solicitó el reconocimiento de la pensión de vejez, pero le fue negada mediante Resolución SUB 155212 de 17 de junio de 2019; decisión contra la cual interpuso recurso de apelación, sin que fuera resuelto. Aduce que cumple los requisitos del régimen de transición, ya que cumple 750 semanas al 1º de abril de 1994 y, cumplió 60 años de edad en junio de 2014; no obstante, no se le ha actualizado en la historia laboral el tiempo del servicio militar, ya que no le aparece el tiempo como doble y; que acumula en total 1.501 semanas (expediente digitalizado, archivo 11).

Colpensiones se opuso a la prosperidad de las súplicas. Admitió la prestación de servicio militar por el actor en el periodo referido, la información que este periodo se le tendría en cuenta de reconocerse la pensión, la solicitud de recuperación de semanas, la respuesta negativa, la solicitud de la prestación de vejez, la resolución que la negó y, el recurso interpuesto. Manifestó que los demás hechos no le constan o no son ciertos. Formuló las excepciones de inexistencia del derecho y de la obligación, improcedencia de intereses moratorios, prescripción, principio de buena fe, y las demás declarables oficiosamente. En su defensa, argumentó que el demandante no cumple con los requisitos para ser beneficiario del régimen de transición, como tampoco el requisito mínimo de semanas cotizadas para acceder a la prestación, sin que se pueda tener los periodos argüidos bajo empleadores en mora, al existir novedad de retiro o no haber prueba de su afiliación (exp. digital, archivo 17, fls.1 a 8).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 15 de noviembre de 2022, (archivo 29), resolvió absolver a la demandada de todas y cada una de las pretensiones y, condenar en costas al demandante.

Como sustento de su decisión, señaló que el demandante no cumplió con la carga probatoria de demostrar la existencia de un vínculo laboral por los periodos echados de menos, sin que se logre acreditar las 750 semanas exigidas por la norma para ser beneficiario del régimen de transición y, para la estructuración del derecho a la pensión.

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 de la demandante es procedente abordar su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

IV. CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala definir si el promotor del juicio es beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y, por consiguiente, si Colpensiones está obligada a reconocer y pagar la pensión de vejez en aplicación al Acuerdo 049 de 1990, tomando en consideración periodos en que los empleadores no le hicieron cotizaciones y, la duplicidad del periodo en el que prestó el servicio militar, estando en estado de sitio.

Régimen de transición.

El artículo 36 de la Ley 100 de 1993, dispone que la edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas y el monto de la prestación de quienes al momento de entrar en vigor el sistema tuvieran 35 o más años de edad, si son mujeres, o 40 o más años si son hombres, o 15 o más años de servicios, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados.

A su vez, el párrafo transitorio 4 del Acto Legislativo 01 de 2005, dispuso que dicho esquema transicional no puede extenderse más allá del 31 de julio de 2010, con excepción de aquellos trabajadores que

pertenecientes a la transición, además, tuviesen cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigor de dicha enmienda constitucional, a los cuales se les mantendría esa prerrogativa hasta el 31 de diciembre de 2014.

De lo anterior, se concluye que la exigencia de 750 semanas cotizadas a la eficacia del Acto Legislativo 01 de 2005, es aplicable únicamente para aquellos afiliados que cumplen los requisitos exigidos para el reconocimiento de su pensión de vejez con posterioridad al 31 de julio de 2010.

En el presente caso, el demandante nació el 18 de mayo de 1954 y cumplió los 60 años de edad, el mismo día y mes del año 2014; por lo que, para el 01 de abril de 1994, contaba con 39 años de edad (cédula de ciudadanía, expediente administrativo, fl. 130); y acreditaba solo 710.86 semanas efectivamente cotizadas, sin que hubiera consolidado su derecho pensional, por lo que no resultó beneficiario del régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993.

Sin embargo, en el escrito introductorio se informa que la historia laboral presenta inconsistencias y, de manera concreta se enlistan los periodos entre los cuales el actor aduce que prestó servicios a los empleadores Procesad de Fibras Fibrallana S.A de 1 de febrero de 1974 a 9 de agosto de 1974; Proce de Fibras Fibrallana LTDA., del 1 de junio de 1977 al 28 de febrero de 1978; Manufaturas de Cuero la Corona, del 23 de enero de 1979 al 30 de diciembre de 1986; Andian Textiles LTDA., del 4 de agosto de 1992 al 17 de septiembre de 1993 y; FCA de Confecciones de Oriente, del 7 de marzo de 1994 al 30 de septiembre de 1999. Asimismo, que se le deben tener en cuenta un total de 153,14 semanas por el periodo en que prestó servicio militar entre el 10 de agosto de 1974 al 30 de junio de 1976.

Para resolver, conviene recordar que la Sala de Casación Laboral, de manera reiterada y pacífica, ha considerado que el hecho generador de las cotizaciones al sistema pensional es el trabajo humano. Por ello, la prestación del servicio efectiva en favor de un empleador causa o genera el

deber de aportar al sistema pensional de los trabajadores afiliados (ver sentencia CSJ SL514-2020, que reiteró la CSJ SL, 28 oct. 2008, rad. 34270).

En punto a la mora del empleador en el pago de cotizaciones al sistema pensional, la citada Corporación ha asentado que las administradoras de pensiones deben agotar diligente y oportunamente las gestiones de cobro ante los empleadores, de suerte que, de omitirse dicha obligación, deben responder por el pago de la prestación a que haya lugar, según la norma aplicable. Ello es así, porque el sistema de seguridad social les otorgó a dichos entes herramientas jurídicas suficientes para desplegar control, requerir a los morosos e iniciar acciones de cobro, además de contemplar en su favor, intereses o multas (Artículo 24 de la Ley 100 de 1993 y sentencias SL759-2018, que reiteró las decisiones CSJ SL, 28 oct. 2008, rad. 32384; CSJ SL907-2013, CSJ SL5429-2014, CSJ SL16814-2015, CSJ SL8082-2015, CSJ SL4818-2015, CSJ SL15718-2015, CSJ SL11627-2015, CSJ SL16814-2015, CSJ SL13266-2016, CSJ SL 4952-2016, CSJ SL6469-2016, CSJ SL15980-2016, CSJ SL17488-2016, CSJ SL13877-2016, CSJ SL685-2016, CSJ SL3707-2016, CSJ SL4892-2016, CSJ SL5166-2016, CSJ SL685-2017, CSJ SL3707-2017, CSJ SL4892-2017 y CSJ SL5166-2017).

En esa línea de pensamiento, queda claro que, a efectos de contabilizar las semanas del afiliado y, por ende, verificar los presupuestos legales tendientes a obtener el derecho pensional, y la forma de liquidarlo, deben tenerse en cuenta a más de las cotizaciones sufragadas oportunamente, las que se encuentran en mora, cuando hay ausencia de gestión de cobro por parte de la administradora a la que se encuentre vinculado.

Importa precisar que los efectos de la mora en el pago de los aportes son diferentes a los de la falta de afiliación al sistema de pensiones, dado que dichos fenómenos tienen causas distintas. En el primer evento, como se dijo, las administradoras tienen la ineludible obligación de iniciar las acciones de cobro pertinentes, mientras que, en la segunda hipótesis, la entidad de seguridad social debe reconocerle al trabajador el tiempo

servido con el traslado de un cálculo actuarial o título pensional a cargo del empleador.

ij) De los aportes en mora

De conformidad con el reporte de semanas cotizadas – periodo 1967-1994, así como el reporte actualizado a 30 de enero de 2019¹, respecto de los periodos alegados como faltantes, se advierte que, en relación con los ciclos correspondientes a Procesad de Fibras Fibrallana S.A de 27 de octubre de 1976 a 17 de febrero de 1978, aparece reportado en la relación de novedades registradas, bajo el número de afiliación 000011516799; periodo este que no tiene en cuenta Colpensiones en atención a que se registra deuda por parte del empleador; razón por la cual, es dable entender que sí debía procederse por la entidad administradora a realizar el respectivo cobro de los aportes atrasados, correspondientes a 479 días, esto es, 68,43 semanas, que debieron tenerse en cuenta.

No obstante, tal como lo halló la *a quo*, parte de este periodo resulta simultáneo con el periodo aportado por el empleador “CIA ANDINA DE CONSTR LTDA” del 30 de julio de 1976 al 12 de mayo de 1977; razón por la cual, solo puede tenerse en cuenta para efectos de la contabilización de tiempos, el lapso no coincidente, esto es, del 13 de mayo de 1977 al 17 de febrero de 1978, por un total de 281 días, correspondientes a 40.14 semanas adicionales.

No sucede lo mismo respecto de los demás periodos echados de menos, tales como, el periodo reclamado con el mismo empleador de 1 de febrero de 1974 a 9 de agosto de 1974, toda vez que no existe siquiera prueba de la afiliación en este tiempo. Asimismo, con Manufaturas de Cuero la Corona, aparece su respectiva novedad de retiro del 26 de noviembre de 1984; con Andian Textiles LTDA., se reporta con retiro del 17 de septiembre de 1992 y; con FCA de Confecciones de Oriente, se reporta novedad de retiro para el ciclo de julio de 1995; y en lo referente a los ciclos de marzo, abril, julio, agosto y septiembre de 1997, frente a

¹ Expediente administrativo, fls. 33 a 37 y 755 a 758.

estos no existía una continuidad en el respectivo empleador, teniendo que los pagos fueron efectuados en diciembre de 2003, por lo que no da certeza a qué periodos efectivamente correspondían (fl. 763, expediente administrativo).

Ahora bien, para demostrar su vinculación laboral dentro de los periodos pretendidos, allega una declaración extra proceso ante la Notaría Cuarta del Círculo de Bogotá del 19 de julio de 2017, en donde manifiesta haber laborado con la empresa Procesadora de Fibras Fibrallana entre el 27 de octubre de 1976 y el mes de febrero de 1978; con Fábrica del Oriente Ltda., “con contrato escrito de trabajo” entre marzo de 1997 y septiembre de 1999, de lo que afirma la empresa no cotizó lo correspondiente a un año y 10 meses y, con Manufacturas de Cuero La Corona, respecto del que indica que sí reporta completas las cotizaciones al Sistema (expediente administrativo, fl. 131). No obstante, de dicha declaración juramentada, rendida por el propio demandante, no se desprende un real vínculo laboral, susceptible de dar por acreditado en este proceso para efectos de los aportes pensionales; máxime cuando se trata de una prueba creada por él mismo; razón por la cual, no puede dársele valor probatorio, ni ser oponible a la demandada, por lo que, al no existir prueba de una verdadera relación laboral, Colpensiones no estaba llamada a desplegar acción de cobro alguna, por estos periodos.

Importa destacar, que estas cotizaciones podrían cubrirse con el cálculo actuarial o pago de aportes en mora, a cargo del empleador que omitió informar oportunamente el inicio de la relación y hacer los aportes correspondientes; empero tal asunto no es materia de este proceso y en todo caso el o los empleadores no fueron vinculados, lo que impide impartir condena alguna en su contra aun tratándose de un derecho mínimo e irrenunciable del trabajador. Además, porque Colpensiones en tratándose de pensiones financiadas con cálculo actuarial solamente está obligada a reconocer y pagar la pensión cuando recibe a satisfacción el pago correspondiente.

ii) De la duplicación del tiempo de servicio militar prestado en Estado de excepción.

Se demostró que el actor prestó sus servicios al Ejército Nacional, del 12 de agosto de 1974 al 30 de junio de 1976, esto es por 689 días, o 98.43 semanas, como se desprende del certificado de información laboral expedido por el Ministerio de Defensa Nacional, el 10 de junio de 2014 (expediente administrativo, fls. 200 a 201).

Ahora bien, respecto del tiempo de servicio militar prestado, en su decir bajo estado de sitio o excepción, entre el 12 de junio de 1975 y el 30 de junio de 1976, por un total de 54,71 semanas, las que considera que deben contarse por tiempo doble, debe precisarse que la Ley 2ª de 1945, en su artículo 47, dispuso que los tiempos al servicio de las fuerzas militares en lugares donde se hubiera decretado estado de guerra, se tuvieran como dobles, siempre que el servicio se hubiera prestado en las zonas afectadas. Esta disposición fue ratificada por el Decreto 3220 de 1953, artículo 109, la Ley 126 de 1959, artículo 52 y, por el Decreto 2337 de 1971, artículo 181, en el sentido de favorecer a los policías y militares que prestaran sus servicios en territorios declarados por el Gobierno como zonas de guerra, únicamente durante el tiempo que estuviera perturbado el orden público.

A su vez, del Decreto 1386 de 1974, de conformidad con los artículos 181, 155 y 99 de los Decretos-leyes 2337, 2338 y 2340 de 1971, estableció en su artículo 1º, que para efectos de las prestaciones sociales el Ministerio de Defensa Nacional computaría tiempo doble de servicio a los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, Oficiales, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional, durante el lapso comprendido entre el 26 de febrero de 1971 y el 29 de diciembre de 1973.

Sobre este aspecto, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha explicado que la duplicación de los tiempos al servicio de las fuerzas militares, en estados de excepción, solo tiene incidencia para el otorgamiento de la asignación de retiro, o para el de pensiones del régimen de la Fuerza Pública, mas no para las del sistema de seguridad social integral contenido en la Ley 100 de 1993, como es el caso que nos ocupa.

En este sentido, en sentencia CSJ SL3234-2018, reiterada en la SL1558-2022, se indicó:

De las normas citadas, además de aquellas a las que se refirió el Tribunal (arts. 1.º D. 1048/1970, 1.º D. 1386 de 1974 y 111 del D. 1213/1990), claramente se advierte que dichos tiempos tienen incidencia para el reconocimiento de la «asignación de retiro» o para el de «pensiones» del régimen especial de la Fuerza Pública, que es precisamente para el cual se reglamentó el tiempo doble, régimen que no es el que invoca el recurrente en su demanda inicial, y que, independientemente de que la Ley 71 de 1988 o la Ley 100 de 1993 no hagan de manera expresa prohibición para su inclusión, como lo sugiere la censura, lo cierto es que no es posible su contabilización para efectos del reconocimiento de la pensión de vejez por tratarse, se reitera, de tiempos creados expresamente para tener en cuenta en el régimen prestacional exceptuado.

Así lo concluyó, además, la Sala de Consulta Civil del Consejo de Estado, en concepto 1557 de 1.º de julio de 2004, al que se remite el Tribunal, organismo que estableció que el tiempo doble será un derecho de quienes cumplan con los requisitos establecidos en el régimen especial, sin que pueda servir para completar los exigidos en el Sistema General de Pensiones, de modo que es válido únicamente para quienes continúen en el régimen prestacional exceptuado de las Fuerzas Militares. Al respecto, indicó:

Sobre tiempo doble:

A. El tiempo doble acreditado de conformidad con las disposiciones legales vigentes, constituye derecho adquirido a favor de quienes demostraron los requisitos de ley y obtuvieron su reconocimiento.

B. No es válido el tiempo doble para completar requisitos en el Sistema General de Pensiones, porque la normatividad especial prohíbe computar dichos tiempos para el reconocimiento de prestaciones por servicios al Estado en calidad de empleado civil. (art. 170 Decreto Ley 1211 de 1990 y Sentencia 134 del 31 de octubre de 1991).

C. El tiempo doble se tiene en cuenta para quienes, una vez reconocido, continuaron en el régimen prestacional exceptuado de las Fuerzas Militares, no así para quienes se retiraron y optaron por el Sistema General de Pensiones.

Bajo estas precisiones, no es dable como lo pretende el accionante, contabilizar el tiempo en que prestó servicio militar en estado de excepción, como doble, toda vez que no se está solicitando el reconocimiento de una prestación pensional del régimen exceptuado, sino del sistema de seguridad social integral contenido en la Ley 100 de 1993.

Conclusión

De conformidad con todo lo anteriormente analizado, al revisar los periodos que efectivamente deben tenerse en cuenta para contabilizar las semanas efectivas de cotización, a fin de verificar si fue beneficiario del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993;

se tiene que, al 1º de abril de 1994, fecha en que entró en vigencia la mencionada Ley, el actor contaba con 612,43 semanas; a las que sumados los 281 días, correspondientes a 40.14 semanas adicionales, por los ciclos correspondientes a Procesad de Fibras Fibrilana S.A., del 13 de mayo de 1977 al 17 de febrero de 1978, como periodo adeudado, no coincidente o simultáneo con el empleador “CIA ANDINA DE CONSTR LTDA”; más los 689 días, esto es 98.43 semanas, de servicio militar prestado entre el 12 de agosto de 1974 y el 30 de junio de 1976; arroja un total de 751 semanas, o lo que es lo mismo, 14 años, 4 meses y 27 días. Por lo que en los términos del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, no logró alcanzar los requisitos mínimos de edad (*40 años por ser hombre*), ni tiempo (*15 o más años de servicios cotizados*), para ser beneficiario del régimen de transición. Y en este entendido, no puede estudiarse su prestación pensional bajo una normatividad anterior.

Y, como quiera que el accionante solo logró acreditar 966 semanas de cotización en toda su vida laboral y, 689 días, esto es 98.43 semanas, de servicio militar prestado entre el 12 de agosto de 1974 y el 30 de junio de 1976; para un total de 1064,43 semanas en toda su vida, no es posible otorgar la pensión de vejez pretendida, tampoco al amparo de la normatividad vigente, pues no reúne los condicionamientos previstos en la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, esto es, no cuenta con 1.300 semanas cotizadas. En consecuencia, la sentencia de primera instancia debe ser confirmada en su integridad.

No se causan 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 15 de noviembre de 2022 por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá, D.C.

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 014 2021 00054 01
DEMANDANTE: MARIELA OSORNO MUÑOZ
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS.

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de julio 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 Catorce Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 31 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 efectuadas a través de la AFP Colfondos S.A, ocurrido el 2 de diciembre del año 1999. En consecuencia, se ordene devolver todos los aportes y/o valores que hubiere recibido en la cuenta de la demandante, incluyendo cotizaciones, bonos pensionales, costos cobrados por administración, entre otros a Colpensiones y; a esta última, aceptar el traslado de los aportes a la Seguridad Social en Pensiones que a la fecha se encuentran actualmente en el fondo privado, y aceptar los valores nombrados anteriormente. Así mismo, se condene a Colfondos S.A. por los perjuicios causados a la accionante y, se condene a las demandadas al pago de las costas procesales y, a lo ultra y extra *petita*.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 28 de abril de 1959. Se afilió al sistema general de pensiones ISS, hoy Colpensiones en abril de 1995 cotizando como independiente y como empleada de la firma Consultoría Colombia S.A. En diciembre 02 de 1999 firmó un formulario de traslado con la AFP Colfondos, sin haberlo diligenciado; en los años 2000 y 2002 estuvo multiafiliada. No recibió ilustración alguna sobre el cambio de régimen, ni la diferencia o características entre el público y privado; no se le hizo un estudio frente a su situación pensional. Finalmente, en el año 2019, solicitó el traslado de régimen, obteniendo respuesta negativa (expediente digitalizado, archivo 08, fls. 13 a 33).

Al dar contestación, Colpensiones se opuso a las súplicas de la demanda en su contra. Admitió la data de nacimiento de la demandante, la afiliación al ISS, las cotizaciones como independiente y dependiente y, la respuesta negativa ante la solicitud de traslado. Manifestó que los restantes hechos no le constan o no son ciertos. Formuló como excepciones de mérito las que denominó: la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, 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 la AFP; 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. 226 a 253).

Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías rechazó las peticiones del escrito inaugural. Frente a los hechos manifestó que no son ciertos o no le

constan. 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, inexistencia de perjuicios, prescripción de la acción para solicitar la indemnización de perjuicios por nulidad del traslado y, las declarables de oficio. En su defensa 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, archivo 08, fls. 1 a 17).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo del 31 de marzo de 2023 (expediente digital, archivo 22), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del acto de traslado que hizo la demandante señora Mariela Osorno Muñoz, del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la AFP Colfondos S.A.; señalando como consecuencia de tal declaración, que ningún efecto jurídico surtió el traslado y por tanto siempre estuvo afiliada al régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por Colpensiones.

SEGUNDO: CONDENAR a la AFP Colfondos S.A., donde se encuentra actualmente afiliada la demandante, a trasladar a Colpensiones, el saldo total de la cuenta individual de ahorro, incluyendo los rendimientos financieros, sin descontar suma alguna por concepto de gastos de administración, primas de seguros previsionales y porcentaje de pensión de garantía mínima, los cuales deben retornarse a esa administradora, debidamente indexados.

TERCERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas por todo el extremo pasivo.

CUARTO: CONDENAR EN COSTAS de la acción a las demandadas. En oportunidad, se tasarán.

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP demandada no demostró que brindó información completa y suficiente, que le permitiera a la actora tomar la decisión consiente de trasladarse, requisito que no se acredita con la suscripción del formulario de afiliación, por lo que procede declarar la ineficacia deprecada.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la demandada Colpensiones, recurrió la sentencia.

Colpensiones aduce que no se tuvo en cuenta el principio de la relatividad jurídica, en el entendido de que la misma no tuvo injerencia en la decisión tomada por la actora. Se debe tener en cuenta, que recibir a la actora afecta gravemente el giro financiero del sistema de Seguridad Social en pensiones, debido a que afecta gravemente el PIB y la reserva pensional que se ha visto afectada de manera excesiva y preocupante por este tipo de procesos. Por otra parte, la actora se encuentra inmersa en prohibición legal para trasladarse al régimen pensional. De igual manera, se debe condenar a la AFP por incumplir el deber legal de información y no a Colpensiones por ser 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 a la afiliada 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 la afiliada es o no beneficiaria 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 ISS, hoy Colpensiones desde el 01 de abril de 1995 hasta el 30 de septiembre de 1999 (expediente digital, archivo 10, fl. 96 a 100); migró al RAIS, a través de la AFP Colfondos, mediante suscripción de

formulario de vinculación, el 23 de noviembre de 1999 (expediente digital, archivo 11, fls. 18 y 19).

Al absolver interrogatorio de parte la demandante señala que tiene actualmente 63 años y una maestría en Ecología. Estuvo afiliada en el ISS en 1995 como trabajadora independiente y luego trabajo en la empresa Consultoría Colombia S.A.; en noviembre del año 1999 la llamaron de la empresa para hacer un rescate de fauna en una región llamada Tierra Alta, donde se acercaron a su lugar de trabajo para hacerle firmar el formulario de afiliación con Colfondos, manifestándole que era igual que el ISS y que en salud iba a estar con SaludCoop; firmó el formulario creyendo lo que le dijeron y porque por trabajo de alto riesgo era necesario tener respaldo en lo concerniente a la salud. Asegura que, en posteriores trabajos manifestaba que estaba afiliada al ISS, pero en la corroboración de datos estaba afiliada en Colfondos; aduce que no tenía conocimiento de las características de los regímenes y nunca le dieron información sobre los mismos; aceptó estar en Colfondos porque no sabía que podía trasladarse de nuevo al RPM. Por último, informa que recibía los extractos por parte del 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 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 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 Colfondos S.A., 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 modificará 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).

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.

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 dispuso tener a la accionante como afiliada y recibir los recursos.

No se causan costas en este grado jurisdiccional de consulta, 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 Catorce Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 31 de marzo de 2023, que quedara del siguiente tenor: **CONDENAR** a la AFP 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; 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: 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

Radicación n.º 110013105 014 2021 00054 01.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada

Con aclaración de voto
014 2021 00054 01



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 016 2021 00015 01
DEMANDANTE: STELLA RODRIGUEZ AVENDAÑO
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 julio de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la demandada Skandia S.A., contra la sentencia proferida por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 14 de abril 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 Colmena S.A hoy Protección S.A. el 01 de mayo de 1994. En consecuencia, se ordenó a la AFP Skandia y/o Old Mutual S.A. a entregar la totalidad de los valores obtenidos en virtud de la vinculación de la actora, como cotizaciones, bonos pensionales, aportes por cualquier concepto, con todos los rendimientos que se hubieren causado a Colpensiones y, a ésta última, incluirla nuevamente como afiliada y recibir los valores obtenidos mientras estuvo vinculada en el RAIS. Así mismo, se condene a lo ultra y extra *petita* y, las costas y agencias de derecho.

En respaldo de sus pretensiones, narró que estuvo afiliada al sistema general de pensiones ISS, hoy Colpensiones. Se trasladó al RAIS, a través de la AFP Colmena S.A. el 01 de mayo de 1994. Aduce que, por decisiones ajenas a ella, fue vinculada a la AFP Santander S.A., posteriormente a la AFP ING S.A., y finalmente a la AFP Protección S.A. Se trasladó nuevamente el 01 de noviembre de 2014 a la AFP Skandia S.A (Old Mutual). Afirma que la primera AFP a la que estuvo afiliada no la asesoró respecto al régimen que más le convenía, no le informó cuanto debía ser el capital que debía acumular en su cuenta de ahorro individual para pensionarse, no le informó sobre el pago de prima de seguros para atender pensiones de invalidez y de sobrevivientes, financiación del fondo de solidaridad pensional o gastos de administración; no se le informó sobre la negociación del bono pensional o el derecho de retracto; no le hicieron proyecciones futuras de su pensión, la forma en cómo se liquidaría, tasa de reemplazo o las condiciones en el RAIS para pensionarse anticipadamente. Aduce que la AFP tenía la responsabilidad de asesorar eficazmente, de manera rigurosa, transparente, adecuada y completa, con diligencia y prudencia, respecto a la decisión de traslado de régimen. Finalmente, elevó solicitud a Colpensiones para el traslado de régimen obteniendo respuesta negativa (expediente digitalizado, archivo 06, fls. 76 a 90).

Al dar contestación, Colpensiones se opuso a las súplicas de la demanda en su contra. Admitió la afiliación al ISS y la solicitud elevada con su respectiva respuesta. Manifestó que los restantes hechos no le constan o no son ciertos. Formuló como excepciones de mérito la prescripción y caducidad, inexistencia del derecho de la demandante y de la obligación de la demandada, cobro de lo no debido, buena fe y las declarables de oficio. Argumentó que el traslado de régimen se llevó a cabo de manera libre de conformidad con la normatividad vigente de la época; la accionante no es beneficiaria del régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993 y se encuentra inmersa en la prohibición legal de retornar a prima media en razón de la edad. Por último, aceptarla en el RPM puede atentar la sostenibilidad financiera del sistema (expediente digital, archivo 10, fls. 2 a 12).

Por su parte, la AFP Protección se opuso al éxito de las pretensiones. Admitió la afiliación con la AFP Colmena, la fusión con Colmena, Santander e, ING, el traslado a otra AFP y la asesoría brindada. Frente a los demás hechos manifestó que no son ciertos o no le constan. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, traslado de aportes a Old Mutual S.A., inexistencia de la obligación de devolver las cuotas de administración 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, prescripción y las demás declarables oficiosamente. En su defensa expuso que la demandante manifestó su voluntad de continuar perteneciendo al RAIS, suscribiendo el mismo e indicando que la afiliación se realizó completamente libre de vicios del consentimiento, de igual manera, que la 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; además nunca ejercicio de la facultad de regresar al RPM (expediente digital, archivo 16, fls. 3 a 23).

Por su parte, Skandia S.A., al contestar la demanda se opuso al éxito de las aspiraciones. De los hechos admitió la afiliación a esta AFP el 29 de septiembre de 2014 hasta la actualidad. Frente a los demás hecho manifestó que no le constan. Propuso las excepciones que denominó: actos de relacionamiento, 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, 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, lo accesorio sigue la suerte de lo principal- falta de interés negociable, prescripción de la acción, la 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 la demandante no acreditó los

fundamentos fácticos para obtener la declaratoria de nulidad de la 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. 1 a 15).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo del 14 de abril de 2023 (expediente digital, archivo 21), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, que realizara la demandante señora Estella Rodríguez Avendaño identificada con cédula de ciudadanía No. 20.738.132, el día 06 de abril de 1994 y que tuviera efectividad desde el 01 de mayo de 1994 con destino a la AFP Colmena hoy AFP Protección S.A., debido a la omisión en el deber de información.

SEGUNDO: CONDENAR a Skandia Pensiones y Cesantías S.A. a trasladar la totalidad de los recursos de la cuenta de ahorro individual de la demandante con destino a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, incluyendo los montos que corresponden a capital, réditos, sumas adicionales de la aseguradora y bonos pensionales si los hubiere, gastos de administración y, en general, todo valor que haya recibido en el régimen de ahorro individual con solidaridad, con motivo de las cotizaciones efectuadas en favor de la parte demandante. Condena que se extiende además a la AFP Protección S.A. en relación con el periodo de tiempo en el cual permaneció afiliada a ese fondo la parte demandante, y en referencia a las secciones del valor de la cotización que se hayan recibido en favor de la demandante y no hayan sido transferidos en su momento a la AFP Skandia Pensiones y Cesantías S.A.

TERCERO: CONDENAR a Colpensiones a recepcionar los valores condenados en los numerales que anteceden, y a reactivar la afiliación de la demandante en el régimen solidario de prima media con prestación definida, que se declara como el único al que en forma válida se ha encontrado afiliada la demandante. Traducirá en su semana de cotización las mismas exactamente que correspondan al número de semanas cotizadas en el régimen de ahorro individual con solidaridad.

CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por el extremo demandado.

QUINTO: CONDENAR EN COSTAS de la instancia al extremo demandado, practíquese la liquidación por secretaría, incluyendo los montos de Medio Salario Mínimo Legal Mensual Vigente (1/2 SMLMV) a cargo de cada uno de los fondos privados demandados, como valor de las agencias en derecho, y Un Cuarto de Salario Mínimo Legal Mensual Vigente (1/4 SMLMV) a cargo de Colpensiones, como valor de las agencias en derecho.

Téngase en cuenta que la apoderada de Skandia Pensiones y Cesantías S.A. interpone Recurso de Apelación contra la sentencia. Por ser procedente, el Juzgado CONCEDE el recurso en el EFECTO SUSPENSIVO, así mismo para que se surta el GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA por ante el Tribunal Superior de Bogotá – Sala de Decisión Laboral. Se ordena enviar las diligencias a esa corporación para lo de su cargo.

Como sustento de su decisión, señaló que no existe una probanza respecto de que, se haya cumplido por la AFP, a cabalidad con el deber de información a la actora, cuando efectuó el traslado de régimen pensional, referido a ilustrar sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales; resultando el formulario de afiliación insuficiente para demostrar que existió un consentimiento suficientemente informado.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme, 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. Finalmente aduce que, en caso de confirmarse la condena impuesta, 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.

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 a la afiliada 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 de la afiliada y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación a la afiliada 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 la afiliada es o no beneficiaria 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 desde el 26 de agosto de 1986 hasta el 30 de abril de 1994 (expediente digital, archivo 10, fl.35); migró al RAIS, a través de la AFP Colmena S.A. hoy Protección S.A., mediante suscripción de formulario de vinculación del 06 de abril de 1994 (expediente digital, archivo 16, fl.33); posteriormente, cambió horizontalmente a la AFP Skandia, el 29 de septiembre de 2014 (expediente digital, archivo 13, fl.32).

Al absolver interrogatorio de parte la demandante señaló que se encontraba trabajando en una fundación social, cuando un representante de gestión humana junto con un asesor de la AFP Colmena realizó una reunión en donde le informaron que el Seguro Social estaba en un momento crítico y que no tenía como soportar el tema pensional, por eso era mejor pasarse al fondo privado. Afirma que le entregaron el formulario que era muy fácil de diligenciar para que se hiciera el traslado a la AFP; manifiesta que tanto a ella como a sus compañeros les informaron que le iban a dar unos bonos y los aportes iban dirigidos a una cuenta de ahorro individual. No le informaron sobre la posibilidad de pensionarse de manera anticipada, rendimientos financieros, que debía cumplir con un capital ahorrado, o sobre que en caso de que falleciera su pensión se heredaría a sus beneficiarios. Aduce que no le informaron sobre el derecho a retornar al RPM. Se traslado a la APF Skandia porque le ofrecieron mejores rentabilidades. Señala que aún no ha solicitado la pensión y quiere retornar al RPM porque no han pasado las cotizaciones completas a su fondo privado y siente mayor seguridad con Colpensiones.

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).

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 de la afiliada 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 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 la 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 se modificará 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).

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.

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 en el numeral segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el

14 de abril de 2023, que quedara en el siguiente tenor: **CONDENAR** a la AFP Skandia 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. 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 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.

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 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
016 2021 00015 01



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 00168 01
DEMANDANTE: MARTHA LUCIA CASTRO NOVOA
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS.

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

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por las demandadas Colpensiones y Colfondos, contra la sentencia proferida por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 23 de mayo de 2023. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

La accionante pretendió que se declare la ineficacia del traslado y afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuadas a través de la AFP Colfondos S.A, desde julio del año 1996. En consecuencia, se ordene trasladar todas las cotizaciones y rendimientos en la cuenta de ahorro individual de la afiliada a Colpensiones y; a esta última, aceptar el traslado y recibir los aportes pensionales realizados por la parte actora. Así mismo, se condene en costas procesales a la demandada.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 19 de enero de 1965. Se afilió al sistema general de pensiones ISS, hoy Colpensiones desde el 19 de febrero de 1985 hasta el 30 de julio de 1996, cuando se trasladó al RAIS a través de la AFP Colfondos, cotizando 1.613 semanas.

Manifiesta que el fondo privado le informó que al trasladarse tendría múltiples beneficios y su afiliación en el ISS estaba en riesgo; no le informaron sobre las consecuencias, riesgos o desventajas de los fondos privados, no le informaron sobre la mesada pensional, bono pensional, no le entregaron el reglamento del fondo privado, el retorno al RPM o, proyección pensional. Finalmente, elevó petición ante las demandadas obteniendo respuesta negativa (Exp. digitalizado, archivo 02, fls.1 a 8).

Al dar contestación, Colpensiones se opuso a las súplicas de la demanda en su contra. Admitió la data de nacimiento de la demandante, la afiliación al ISS en las fechas establecidas, el traslado a la AFP y la petición elevada con su respectiva respuesta. Manifestó que los restantes hechos no le constan o no son ciertos. 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 el formulario para efectuarlo, voluntad que se vio ratificada por más de 21 años en que ha realizado cotizaciones a ese régimen; 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 (expediente digital, archivo 06, fls. 4 a 22).

Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías rechazó las peticiones del escrito inaugural. Admitió la data de nacimiento de la demandante, el traslado a esta AFP, las consecuencias del traslado en cuanto a las características, ventajas, desventajas, la realización de la proyección de mesada pensional y la petición elevada con su respectiva respuesta. Frente a los demás hechos manifestó que no son ciertos o no le constan. 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 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, archivo 08, fls. 3 a 17).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo del 23 de mayo de 2023 (expediente digital, archivo 19), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y prescripción, propuestas por las demandadas, según las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: DECLARAR QUE EL TRASLADO de la señora Martha Lucia Castro Novoa identificada con la C.C. 51.771.885, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS, administrado y efectuado en su momento a través de Colfondos S.A., fue ineficaz, y por consiguiente no produjo efectos jurídicos, lo anterior según lo considerado.

TERCERO: DECLARAR que la demandante señora Castro Novoa, se encuentra válidamente afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, y que Colpensiones, tiene la obligación legal de validar su retorno sin solución de continuidad a ese régimen pensional, según las consideraciones expuestas.

CUARTO: ORDENAR a Colfondos Pensiones y Cesantías S.A., como actual administradora de fondo de pensiones de la demandante, trasladar a Colpensiones todos los valores que conforman la cuenta de ahorro individual en esa entidad de la demandante, tales como cotizaciones, , sumas adicionales de la aseguradora, traslados de dinero efectuados por otras administradoras de fondos de pensiones, bonos pensionales, todo lo anterior con sus frutos y rendimientos, debiendo devolver además los gastos y comisiones de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los porcentajes destinados a conformar el fondo de garantía de pensión mínima, y los valores utilizados en seguros previsionales, valores que deberán ser devueltos debidamente indexados y con cargo a sus propias utilidades, según lo analizado en precedencia.

QUINTO: ORDENAR a Colpensiones, recibir el traslado de fondos que efectúen a favor de la demandante la AFP Colfondos S.A., y convalidarlos en la historia laboral, pudiendo desplegar incluso todas las actuaciones administrativas, tendientes a obtener la devolución total de los dineros, según lo analizado en precedencia.

SEXTO: CONDENAR EN COSTAS a las demandadas Colpensiones y Colfondos S.A. En firme esta sentencia, por Secretaría, practíquese la liquidación de costas, incluyendo agencias en derecho a cargo de cada una, por valor de \$1'000.000 M/Cte.

SÉPTIMO: SE DISPONE LA CONSULTA de esta sentencia a favor de Colpensiones, remítase el expediente al superior una vez concluya la presente audiencia.

Como sustento de su decisión, señaló que no demostró la AFP demandada, 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.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes las demandadas Colfondos y Colpensiones, recurrieron la sentencia.

Colfondos argumentó que cumplió con el deber de administrar la cuenta de la demandante, produciendo rendimientos en su cuenta de ahorro individual, por lo cual no se deben consignar los gastos de administración. Del mismo modo, no es viable el traslado de la prima de seguros previsionales porque ya fueron sufragados por las respectivas compañías aseguradoras. Se opone a la indexación de los valores, toda vez que con los rendimientos quedó compensada y al ordenarla, se desconoce el principio de consonancia. Finalmente, el traslado de los aportes y valores ordenados en la sentencia de primera instancia generaría un enriquecimiento sin justa causa.

Por su parte, Colpensiones aduce que no hubo omisión de la información brindada a la accionante, en razón a que durante el tiempo que estuvo vinculada a la AFP, estuvo dispuesta a brindarle la información correspondiente; por otra parte, no se tuvo en cuenta el principio de la relatividad jurídica, en el entendido de que la misma no tuvo injerencia en la decisión tomada por la actora. Del mismo modo, resalta que recibir ahora a la demandante afecta gravemente el equilibrio y sostenibilidad financiera del sistema consagrado en el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia; aunado a que, se encuentra incurso en prohibición legal de retornar a prima media en razón de la edad.

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 a la afiliada 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 la afiliada es o no beneficiaria 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 ISS, hoy Colpensiones desde el 19 de abril de 1985 hasta el 31 de julio de 1996 (07ExpedienteAdministrativoColpensiones¹); y migró al RAIS, a través de la AFP Colfondos, mediante suscripción de formulario de vinculación, el 30 de julio de 1996 (expediente digital, archivo 08, fl. 19 y 20).

Al absolver interrogatorio de parte la demandante señala que llegó una funcionaria de Colfondos a su lugar de trabajo en donde se realizó una reunión. Se trasladó a finales de julio del año 1996, porque la asesora le informó que el ISS se iba a terminar, que en el fondo privado iba a tener una mejor mesada pensional y que podía pensionarse anticipadamente. No le informaron sobre los rendimientos, ni qué pasaría con su pensión en caso de fallecer. Manifiesta que se acercó a las oficinas de la AFP a preguntar por su situación pensional y le informaron que no podía retirar su dinero y el valor de su mesada pensional, que sería muy bajita. Finalmente, señala que la información que le dieron por parte del fondo privado no fue clara y suficiente, afectando su futuro pensional.

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

¹ GRP-SCH-HL-66554443332211_2011-20210621103721.

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 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 Colfondos S.A., 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).

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, tal como lo indicó el juez de primer grado.

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 en el numeral cuarto de la sentencia proferida por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 23 de mayo de 2023, 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: 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