

República de Colombia



Libertad y Orden

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

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	110013105037202000579-01
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	GERMÁN EDUARDO RODRÍGUEZ MÁRQUEZ
DEMANDADO	- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES - ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

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

SENTENCIA:

ANTECEDENTES

Pretende el señor **GERMÁN EDUARDO RODRÍGUEZ MÁRQUEZ** se **declare** la ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida (en adelante RPM) al de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS) realizado a través de la AFP Porvenir; en consecuencia, se le condene a esta a trasladar a Colpensiones todos los aportes realizados con sus rendimientos obtenidos; que se **ordene** a Colpensiones tenerlo como afiliado del RPM y actualizar su historia laboral; que se **condene** a las demandadas a lo que resulte probado ultra y extra petita, a las costas y agencias en derecho.

Como hechos fundamento de las pretensiones (archivo 01, carpeta 1ª inst, exp digital), señaló en síntesis, que nació el 16 de marzo de 1961; que se afilió al RPM y aportó desde el 15 de septiembre de 1978, hasta el 01 de mayo de 1994, un total de 555 semanas; que el 20 de abril de 1994, un asesor de la AFP Porvenir le realizó traslado de régimen al RAIS, sin realizar la asesoría, ni advertirle las consecuencias que esa decisión le traería, que las razones que lo llevaron a firmar el formulario de traslado fueron que: *i)* el ISS se iba liquidar; *ii)* su dinero iba a estar más seguro en el fondo privado; *iii)* los

fondos privados brindaban mayor rentabilidad como los bancos, mientras que el fondo público no le daba ese beneficio; iv) podría pensionarse antes y no tenía que esperar hasta los 62 años de edad, entre otras.

Narró que, no le explicaron que la Ley 100 de 1993, había creado dos regímenes pensionales, Régimen de Prima Media con Prestación Definida (RPM) y Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), ni que el ISS se liquidaría pero que el Gobierno crearía una nueva entidad para administrar el RPM, que el asesor que lo visitó en la empresa donde él trabajaba no manejaba los términos técnicos del traslado ni dimensionó en su momento el daño que le podía estar causando al inducirlo a firmar un formulario con el interés de realizar una venta; que actualmente permanece en la AFP Porvenir y tiene acumuladas 1.896 semanas.

Expuso que, en el año 2020, solicitó a su AFP una simulación pensional, la cual arrojó una mesada pensional de \$2.521.000; que el 27 de octubre de 2020, solicitó ante Colpensiones la nulidad y/o ineficacia de la afiliación realizadas al RAIS con la AFP Porvenir S.A., entidad que mediante comunicación emitida ese mismo día rechazó la solicitud porque el afiliado se encontraba a menos de diez años para pensionarse.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (archivo 04 carpeta 1ª inst, exp digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento del actor, que se afilió al ISS, las semanas allí cotizadas y que agotó la reclamación administrativa; frente a los demás, indicó que no le constaban por corresponder a un tercero. Propuso como excepciones de fondo, las de inexistencia del derecho y de la obligación para regresar al régimen de prima media con prestación definida, el error de derecho no vicia el consentimiento, cobro de lo no debido, buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas y la innominada o genérica.

La **AFP PORVENIR S.A.**, contestó (archivo 07 carpeta 1ª inst, exp digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento del actor, que se vinculó a esa AFP el 20 de abril de 1994, las semanas cotizadas en el régimen general de pensiones y que realizó la simulación pensional; frente a los demás, indicó que no le constaban por corresponder a un tercero o que no eran ciertos. Aclaró que, le brindó una asesoría clara, veraz y oportuna al actor, para que este tomara una decisión fundamentada en elementos de juicio objetivos, tal como lo disponía el numeral 1º del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, que en esa asesoría, se le informó al demandante, entre otras cosas, sobre el régimen de transición pensional,

que el monto de su pensión dependería del capital aportado en su cuenta individual (110% del valor del salario mínimo y sometida a la realización de un cálculo actuarial); que podría realizar aportes voluntarios, periódicos u ocasionales, a su cuenta; que tendría derecho a bono pensional, si había aportado 150 semanas antes del traslado de régimen pensional, y que su vinculación al Régimen de Ahorro Individual era completamente voluntaria; que entre los beneficios más importantes del RAIS se destacan: *i)* en caso de que el afiliado muera y no cumpla con el capital para pensionarse, sus herederos podrán disponer de ese capital; *ii)* en caso de no completar el capital necesario para la pensión y si cuenta con 1150 semanas de cotización, podrán acceder a la garantía de la pensión mínima; *iii)* si el monto de su pensión llega a ser superior al 70% de su Ingreso Base de Liquidación, podrá disponer de sus excedentes de libre disposición. Y se le explicaron las características del RPM y la forma de acceder a las prestaciones de este.

Consideró que la afiliación era válida y que el señor Rodríguez debía acreditar la existencia de vicios en el consentimiento, esto es, error, fuerza o dolo, y que en el expediente no obraba dicha prueba.

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

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 29 de noviembre de 2022 (archivo 16 carpeta 1ª inst, exp digital), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del acto jurídico de traslado entre regímenes pensionales que efectuó el demandante señor GERMÁN EDUARDO RODRÍGUEZ MÁRQUEZ del Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado en su momento por el ISS al Régimen del Ahorro Individual con Solidaridad administrado por PORVENIR S.A. que tuvo como fecha de suscripción el 20 de abril de 1994. En consecuencia, se DECLARA válida la afiliación de la demandante al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de la decisión.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., a que transfiera a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-, todos los valores contenidos en su cuenta de ahorro individual junto con los rendimientos financieros, los gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de la decisión.

TERCERO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas.

CUARTO: COSTAS a cargo de PORVENIR S.A., se fijan como agencias en derecho la suma equivalente a 1 SMMLV, cifra que se liquidará en su debida oportunidad por parte de Secretaría.

El Juzgado, **basó su decisión fundamentalmente** en que se acogía a la jurisprudencia emitida por la Corte Suprema de Justicia desde la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, en donde se fijaron unos parámetros para resolver los casos de ineficacia, considerando que estos se condensan en las sentencias CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019.

El primer parámetro, era que las AFP desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional, lo que se concluye de la interpretación del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, pues solo podía entenderse que una decisión era libre y voluntaria cuando estaba precedida de una información suficiente para tomar esa decisión, la cual debe contener por lo menos una ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales.

El segundo, que de la firma del formulario de afiliación por parte del afiliado podía colegirse una voluntad, pero ello no podía darle el efecto de que este fue debidamente informado, pues del cumplimiento de este deber, deriva la eficacia o no del traslado. Agregó que en ese sentido ese documento no resultaba suficiente para dar por cumplido ese deber, por lo que las AFP debían acreditar con otros medios de prueba su cumplimiento.

El tercero, referente a que eran las AFP quienes tenían la carga de la prueba de demostrar que atendieron su objeto social con el debido cuidado y diligencia. Y Cuarto, que la línea jurisprudencial de ineficacia aplica para todos los afiliados sin discriminación alguna, por su condición especial o porque tenga alguna expectativa pensional.

Expuso que, en este caso estaba acreditado que el actor había estado inicialmente afiliado al RPM donde había cotizado 555,14 semanas al 01 de mayo de 1994; que se había trasladado al RAIS a través del formulario de afiliación suscrito con Porvenir el 20 de abril de 1994; que el mencionado formulario cumplía con todos los requisitos formales exigidos en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994; no obstante, de él no se podía colegir que el afiliado hubiese sido debidamente informado para tomar la decisión del traslado de régimen.

Indicó que, de la declaración de parte del actor, se colegía que para el momento de su afiliación en el año 1994, los asesores de Porvenir se presentaron en la empresa en la que él trabajaba, que realizaron una reunión grupal donde informaron sobre el nuevo régimen

de pensiones en el cual se podían pensionar a una menor edad, que sus pensiones ahora iban a ser manejadas por un fondo privado que iba a reemplazar al ISS, por ende, debían inscribirse a uno de los fondos aprobados, pero que las condiciones iban a ser las mismas que en el ISS, y que a los ocho (8) días regresaron y los hicieron firmar los formularios respectivos, en ese momento le dijeron que si tenía hijos y/o esposa los colocara como beneficiarios por si llegaba a fallecer, aclaró que no le hablaron de que iba a tener una cuenta de ahorro individual, ni que iba a tener unos rendimientos, que solo tuvo conocimiento de ello cuando le empezaron a llegar los extractos hacía aproximadamente seis (6) años, que no informaron cual era el monto que debía reunir para poderse pensionar ni que tenía derecho a un bono pensional, y que no realizó aportes voluntarios. De esta prueba concluyó que al demandante se le había informado algunas características particulares del RAIS, pero no todas, y tampoco se había explicado nada acerca del RPM, por lo que no podía tenerse por satisfecho el deber de información en los términos exigidos en la primera etapa de este.

Advirtió que, declararía ineficaz el traslado de régimen realizado el 20 de abril de 1994, con efectividad a partir del 01 de mayo de igual año, y válida la vinculación inicial al RPM, por lo que dispondría que la AFP Porvenir debía trasladar a Colpensiones todos los valores contenidos en su cuenta de ahorro individual junto con los rendimientos financieros, los gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima (sentencia CSJ SL2613-2022), aclarando que no ordenaría la indexación de estos conceptos, porque con los rendimientos se compensaba la depreciación de la moneda.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES interpuso recurso de apelación argumentando no estar de acuerdo con la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen, porque las AFP demandadas no desconocen la existencia del deber de información desde el año 1993, el cual se intensificó con la expedición de la Ley 1328 de 2009, en donde ese deber se convirtió en uno de asesoría y buen consejo, por lo que, no era dable exigir las mismas formalidades al momento previo al traslado cuando se creó el RAIS y darle el mismo alcance que el legislador y la jurisprudencia le han dado con el transcurso del tiempo, máxime cuando el actor se cambió de régimen en el año 1994, cuando nos encontrábamos en la primera etapa del deber de información, por lo que no era válido imponer a los fondos privados la obligación de traer documentos que no eran exigibles a esa data.

Expuso que, era claro que el actor había contado con una asesoría sobre el funcionamiento del RAIS, y por ello decidió permanecer en el desde 1994, por lo que con tantos años de vinculación al mismo debe conocer sobre sus características, lo que le

permitía tener una perspectiva de su futuro pensional; que la ignorancia de la ley no servía de excusa para justificar sus errores; que el afiliado también tenía obligaciones con la AFP, pues él como consumidor financiero tenía la obligación de informarse por su cuenta acerca del negocio jurídico, sus condiciones y modalidades de manera que pudiera tomar decisiones con el debido cuidado que requería el tema pensional.

Indicó que, debía tenerse en cuenta el principio de la sostenibilidad financiera contemplado en el artículo 48 de la Constitución Política, que impacta en la reserva financiera del régimen pensional, por lo que el eventual traslado del actor afectaría significativamente el mismo, teniendo en cuenta la variación porcentual de la destinación del aporte, la falta de contribución al fondo común y la carga que generaría para los demás afiliados el eventual reconocimiento de una pensión de vejez. Agregó que en caso de confirmarse la decisión se condenara la indexación de todos los conceptos condenados en primera instancia.

Finalmente, recurrió la condena en costas por considerar que ella no fue vencida en juicio, en tanto la pretensión de ineficacia del traslado de régimen estaba dirigida solo a la AFP, y ella fue vinculada únicamente como la entidad que debe recibir a la actora.

CONSIDERACIONES

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

PROBLEMA JURÍDICO

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

En el presente asunto no es materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: *i)* que el señor GERMÁN EDUARDO RODRÍGUEZ MÁRQUEZ nació el 16 de marzo de 1961; *ii)* que se afilió al ISS donde aportó desde el 15 de septiembre de 1978, al 01 de mayo de 1994, un total de 555,14 semanas según historia laboral de Colpensiones actualizada a 02 de diciembre de 2020 (f.º 25-27, archivo 01, carpeta 1ª inst, exp digital); y *iii)* que el **20 de abril de 1994**, suscribió formulario de afiliación con la AFP Porvenir el

cual se hizo efectivo a partir del 1° de mayo de igual año (f.° 24 y 78, archivo 07, carpeta 1ª inst, exp digital), y allí permanece hasta la actualidad.

INEFICACIA DEL TRASLADO

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

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

Así mismo, ha indicado la Sala de Casación Laboral de la CSJ que el fondo privado cumple con su deber de información cuando la asesoría brindada para el momento en que el afiliado decide trasladarse contiene una información suficiente, transparente, cierta y oportuna, es decir, cuando se hace una adecuada ilustración sobre las características, condiciones, consecuencias, riesgos, ventajas y desventajas de la determinación de cambio de régimen pensional, deber que ha existido desde la creación de las sociedades

administradoras de fondos de pensiones y cuyo cumplimiento permite que la elección de cualquiera de los regímenes pensionales sea libre y voluntaria conforme lo ordena el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 (CSJ SL755-2022, CSJ SL3349-2021 y CSJ SL1565 - 2022).

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

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

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

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

Así las cosas, en cuanto al deber de información exigible a las AFP, se ha considerado que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de las AFP, se estableció en cabeza de estas el deber de ilustrar a sus

potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, acerca de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas (CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019, CSJ SL4360-2019, CSJ 2611-2020, CSJ SL4806-2020, entre otras).

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

Así, para la fecha en que el accionante se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad **–20 de abril de 1994–**, la obligación de la AFP se enmarcaba en el primer periodo, según el cual debía entregar información suficiente y transparente que le permitiera elegir *«libre y voluntariamente»* la opción que mejor se ajustara a sus intereses (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019), conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 -posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003-, **lo cual implicaba la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.**

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

Ahora bien, aun cuando en el expediente obra el formulario de solicitud de afiliación de la AFP suscrito el **20 de abril de 1994**, de él solo se advierte la fecha de su diligenciamiento, los datos personales y laborales del accionante, de modo que únicamente da cuenta de una exigencia requerida para el ingreso de un afiliado con la fórmula pre-impresa en la casilla destinada a la firma, sin que del mismo pueda concluirse que dicha AFP cumplió con el deber de suministrar al afiliado una ilustración suficiente,

completa, clara, comprensible y oportuna sobre las implicaciones de abandonar el esquema de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras.

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

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

Tampoco puede admitirse que actualmente está inmersa en la prohibición legal de que trata el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 y que por ello no es dable declarar la ineficacia, porque esta se generó al momento del traslado inicial año 1994.

Debe hacerse claridad además en que, los fondos privados tienen libertad probatoria para probar que el consentimiento del afiliado vertido en el formulario de afiliación **fue informado**, es decir, puede hacerlo a través de cualquier medio de prueba conforme lo establecido en el Código General del Proceso, por ende, resulta equivocado el argumento de Colpensiones al señalar que se les está imponiendo obligaciones que no estaban previstas en el ordenamiento jurídico al momento del traslado, máxime que el deber de información nació desde la creación del RAIS, y era a los fondos privados como expertos en la materia a quienes le correspondía tener los archivos de la documentación soporte del traslado, máxime en este caso, donde la señora Rivera al momento de firmar el formulario de traslado en 1998 era beneficiaria del régimen de transición en razón a su edad, y por ello el deber de información y el análisis a su caso en particular debía ser mucho más riguroso, pero aquí Porvenir no demostró siquiera que hubiese entregado información básica.

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

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

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

Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJ SL2877-2020 y CSJ SL4811-2020). (Subrayadas fuera del texto original).

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

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

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

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

Cabe agregar, que por vía jurisprudencial se ha aceptado que los fondos de pensiones también deben devolver a Colpensiones las «*primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, **debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos***» (negrilla y subraya fuera del texto original) (CSJ SL1055-2022, entre muchas otras); como en este caso, ello no fue ordenado por el juez de primer nivel, esta Sala de Decisión, dispondrá su devolución a la Administradora de Pensiones Colpensiones, en virtud a que a favor de esta se está surtiendo el grado jurisdiccional de consulta y que esto fue objeto de apelación por esta entidad; lo anterior, teniendo en cuenta que se tratan de dineros del sistema de seguridad social en pensiones, y que deben ser devueltos en su integridad a la entidad que nuevamente recibe el afiliado.

Por lo tanto, se hace necesario Modificar y Adicionar el numeral segundo de la sentencia de primer grado, en el sentido de **CONDENAR** a la AFP Porvenir S.A. a trasladar a COLPENSIONES y ésta a su vez a recibir por parte de aquellas, los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, **debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos**.

Lo anterior, no genera ningún detrimento ni un desequilibrio para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, dado que, la ineficacia del traslado de régimen de la demandante implica, como ya se dijo, la devolución de todos los dineros por ella aportados al RAIS más sus rendimientos, frutos e intereses que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de esta de **manera íntegra** a COLPENSIONES, declaración que trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original (CSJ SL 4911-2019).

PRESCRIPCIÓN

En cuanto a la excepción de prescripción que propusieron las demandadas, esta Sala ha manifestado reiteradamente que la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible porque se trata de un estado jurídico que no

está sujeto a aquel fenómeno extintivo, a diferencia de lo que sucede con los derechos de crédito (CSJ SL1688-2019, reiterada en CSJ SL4360-2019).

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

COSTAS EN PRIMERA INSTANCIA APELACIÓN COLPENSIONES

En cuanto a la condena en costas a Colpensiones en primera instancia, cabe mencionar que la misma es procedente, toda vez que el numeral 1° del artículo 365 del CGP establece de manera clara que debe ser condenado en costas la parte vencida en el proceso, luego al resultar dicha entidad vencida en juicio, además de haber presentado oposición a las pretensiones de la demanda, es natural que sea condenada en costas.

Por otro lado, resulta también pertinente indicar que, tanto la doctrina como la jurisprudencia coinciden en que las costas no son consecuencia de un proceder determinado de las partes, de allí que no interese para su imposición que se haya actuado de buena o mala fe, diligente o negligentemente. Ello por cuanto actuar con probidad y sensatez es un deber que se le exige a toda persona que acude a la justicia a reclamar un derecho, de allí que las costas derivan objetivamente del resultado de un proceso o recurso formulado y, bajo esa lógica, simplemente quien sea vencido deberá asumir su pago (CSJ SL4123-2019).

De esta forma, la condena en costas contiene una obligación procesal que se dirige contra el patrimonio de la parte vencida, y que otorga a favor del vencedor un derecho de reintegro de los gastos procesales en los que se ha visto obligado a incurrir para ejercer su defensa, sin que ello implique que se vean afectados los recursos del sistema general de pensiones de la recurrente, pues la imposición de este gravamen no está con cargo a los recursos con destinación específica provenientes de la seguridad social en pensiones, es decir, recursos del régimen de prima media con prestación definida, sumado al hecho que esta entidad pública cuenta con recursos propios destinados específicamente para atender las contingencias que se deriven de los juicios que se adelanten en su contra.

COSTAS

Sin costas en esta instancia, dado que el recurso de apelación de Colpensiones Prospero de forma parcial.

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

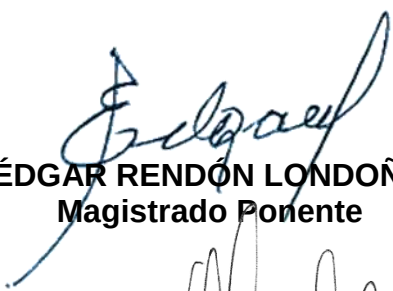
RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR Y MODIFICAR EL NUMERAL SEGUNDO de la sentencia proferida por el Juzgado 37 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en el sentido de **CONDENAR** a la **SOCIEDAD MINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A** a trasladar a COLPENSIONES y esta a su vez a recibir por parte de aquella, los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que el demandante estuvo afiliado a cada una de ellas. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada


ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

República de Colombia



Libertad y Orden

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

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	110013105038201601017-02
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	JOSÉ ALBERTO CALDAS DUQUE
DEMANDANDOS	- ÉDGAR ANTONIO HERNÁNDEZ ROJAS - ESTHER GARCÍA DE HERNÁNDEZ

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

SENTENCIA:

ANTECEDENTES

Pretende el señor JOSÉ ALBERTO CALDAS DUQUE se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo desde 1 de enero de 1994 al 30 de julio de 2016; solicitó como pretensiones principales, se condene a los accionados a los siguientes conceptos: pensión sanción a partir del 30 de julio de 2016, con base en el salario mínimo que devengaba, al pago de cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones y prima de servicios durante la vigencia de toda la relación laboral, indemnización por el no pago de salarios y prestaciones sociales artículo 65 CST, indemnización por despido sin justa causa, indemnización por no consignación a las cesantías, costas y agencias en derecho.

Pretende el señor JOSÉ ALBERTO CALDAS DUQUE se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo desde 1 de enero de 1994 al 30 de julio de 2016; como pretensiones principales, solicito que se condene a los accionados a los siguientes conceptos: pensión sanción a partir del 30 de julio de 2016, con base en el salario mínimo que devengaba, al pago de cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones y prima de servicios durante la vigencia de toda la relación laboral, indemnización por el no pago de salarios y prestaciones sociales artículo 65 CST, indemnización por despido sin justa causa, indemnización por no consignación a las cesantías, costas y agencias en derecho.

De manera subsidiaria, solicitó el reconocimiento de la pensión de vejez a partir del 30 de julio de 2016, con sus correspondientes mesadas (Exp digital – carpeta 1° instancia – PDF 01).

Como hechos fundamento de las pretensiones (Exp digital – carpeta 1° instancia – PDF 01), señaló en síntesis que laboró para los demandados en el Municipio de San Francisco – Cundinamarca en la finca Esperanza de la vereda el peñón bajo, que los extremos laborales correspondieron del 1 de enero de 1994, al 30 de julio de 2016 y que prestó sus servicios de manera continua y permanente.

Narró que, su actividad principal correspondió a la de cuidar la finca de propiedad de los demandados durante las 24 horas del día, todos los días de la semana; que durante la vigencia de la relación laboral no se le pagó ninguna acreencia laboral; que devengó como salario el mínimo mensual vigente; que el motivo del despido se debió a que tuvo que firmar contratos de prestación de servicios y de arrendamiento para ocultar el verdadero contrato laboral, que al negarse a seguir firmando dichos contratos fue despedido. Expuso que, los accionados le cotizaron algunos intervalos de tiempo a Colpensiones; que debido a los esfuerzos que debía realizar en el cumplimiento del trabajo fue diagnosticado en marzo de 2004, con *«discopatía degenerativa lumbar múltiple en L4-L5, hernia discal protruida central asimétrica izquierda que comprime el saco rural y desplaza las raíces L5»*.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

El señor **ÉDGAR ANTONIO HERNÁNDEZ ROJAS** en el término de traslado dio contestación (Exp digital – carpeta 1° instancia – PDF 01), oponiéndose a las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos, aceptó que entre las partes se suscribió un contrato laboral por el periodo comprendido entre el 1 de mayo de 1998 al 13 de abril de 2002, efectuando aportes pensionales a favor del demandante, con posterioridad, existió una relación de carácter civil, regida por contratos de obra y de arrendamiento de vivienda familiar. Respecto de los demás hechos, manifestó no ser ciertos.

Formuló las excepciones de fondo, prescripción, inexistencia de la obligación y falta de causa para reclamar.

La señora **ESTHER GARCÍA HERNÁNDEZ** dio contestación a la demanda (Exp digital – carpeta 1° instancia – PDF 01), oponiéndose igualmente a las pretensiones de la demanda, respecto de los hechos negó todos y cada uno de ellos. En su defensa propuso como excepciones, ineptitud sustantiva de la demanda, carencia absoluta de poder para demandar, prescripción y falta de causa para reclamar.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 17 de junio de 2021 (Exp digital – carpeta 1° instancia – PDF 15), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR que entre el demandante **JOSÉ ALBERTO CALDAS DUQUE** y el demandado **ÉDGAR ANTONIO HERNÁNDEZ ROJAS**, existió un contrato de trabajo a término indefinido, vigente entre el primero de noviembre de 1997 y el 18 de julio del año 2016, en el marco del cual el accionante percibió una asignación salarial equivalente al salario mínimo legal mensual vigente.

SEGUNDO: CONDENAR al demandado **ÉDGAR ANTONIO HERNÁNDEZ ROJAS**, a pagarle al demandante **JOSÉ ALBERTO CALDAS DUQUE**, las sumas que a continuación se indican por los siguientes conceptos:

- A) \$8'015.004, por auxilio de cesantías.
- B) \$267.486, por intereses de cesantías.
- C) \$17'773.633, por concepto de sanción, por no consignación de las cesantías en un fondo.
- D) \$22.982 por prima de servicios.
- E) \$1'282.281.09, por compensación en dinero de vacaciones.
- F) \$8'831.229.09, por indemnización por despido desprovisto de justificación.
- G) \$22.982 diarios a partir del 18 de julio del año 2016, y hasta cuando se efectúe el pago de las acreencias prestacionales a que se ha condenado. Esto, a título de indemnización por falta de pago en los términos del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 29 de la Ley 789 del 2002.

TERCERO: Declarar que el demandado, **ÉDGAR ANTONIO HERNÁNDEZ ROJAS**, en su calidad de empleador, omitió el pago de aportes al sistema de Seguridad Social en pensión, a favor del demandante para los períodos comprendidos entre el 1º de noviembre de 1997, al 30 de abril de 1998. Que omitió el pago de aportes del 1º al 31 de enero del 2000, del 1º de octubre al 31 de diciembre del 2000, desde el 1º de enero al 31 de julio del 2001, y omitió el pago de aportes del 13 de abril del 2002 al 18 de julio del año 2016.

En consecuencia, se dispone que el demandado proceda a pagar el valor del cálculo actuarial que efectúe la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, entidad en la que se encuentra afiliado el demandante, y a entera satisfacción de la administradora, por los períodos comprendidos entre el primero de noviembre de 1997 al 30 de abril de 1998 y del 13 de abril del 2002 al 18 de julio del año 2016, tomando para el efecto como ingreso base de cotización, el salario mínimo legal mensual vigente para cada anualidad. Y Adicionalmente, deberá pagar el demandado los aportes pensionales causados entre el primero y el 31 de enero del 2000 y el primero de octubre al 31 de diciembre del 2000, así como del primero de enero al 31 de julio del 2001, que se advierten están en mora por parte del empleador, teniendo en cuenta precisamente, los documentos que obran en el plenario.

Valores que, en todo caso, deberán ser sufragados a entera satisfacción de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES.

CUARTO: Absolver al demandado **ÉDGAR ANTONIO HERNÁNDEZ ROJAS** de las demás pretensiones formuladas en la demanda por José Alberto Caldas Duque. Lo anterior, por lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia.

QUINTO: ABSOLVER a la demandada **ESTHER GARCÍA DE HERNÁNDEZ** de todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda por José Alberto Caldas Duque. Lo anterior, por lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia.

SEXTO: EXCEPCIONES, dadas las resultas del juicio, se declara probada la excepción de prescripción propuesta por el demandado del **ÉDGAR ANTONIO HERNÁNDEZ ROJAS**, respecto de derechos causados en favor del demandante, con anterioridad al 24 de noviembre del año 2013 en la forma señalada en la parte motiva de la presente sentencia. No probados los medios exceptivos propuestos

respecto de las determinaciones aquí adoptadas y, frente a las absoluciones producidas, el Despacho se considera relevado del estudio de los medios exceptivos propuestos.

SÉPTIMO: COSTAS lo serán a cargo del demandado **ÉDGAR ANTONIO HERNÁNDEZ ROJAS**, en favor del demandante. En firme la presente providencia, por secretaria practíquese la liquidación de costas, incluyendo en ella como agencias en Derecho, la suma de \$5'000.000 en favor del demandante. Ahora bien, dada la absolución de la señora **ESTHER GARCÍA DE HERNÁNDEZ**. Se condena en costas al demandante. En firme la presente providencia, por secretaria practíquese la liquidación de costas, incluyendo en ella como agencias en Derecho, la suma de \$1'000.000 en favor de esta accionada.

Como **fundamento de su decisión**, hizo referencia a los artículos 22, 23 y 24 del CST, que definían el contrato de trabajo, establecen sus elementos y fijaban una presunción de contrato de trabajo cuando se demostrará la prestación del servicio personal.

Seguidamente, hizo un recuento del acervo probatorio recaudado, concluyendo el sentenciador de primera instancia que se encontraba demostrada la prestación personal del servicio del actor a favor del señor Édgar Hernández para el mantenimiento de la finca la Esperanza ubicada en la vereda Peñón bajo - Municipio San Francisco Departamento de Cundinamarca, actividad que entendía el despacho en el marco de la presunción referida, se habría cumplido de manera subordinada.

Acotó que, inicialmente la vinculación se habría realizado en el marco de un contrato de trabajo y después había cambiado de modalidad contractual a través de contratos de obra civil, frente a los cuales consideraba que de los mismo no se podía deducir que la labor desarrollada por el actor hubiera pasado a ser autónoma e independiente en la realidad, ejecutada por su cuenta y bajo sus propios riesgos, puesto que se encontraba acreditado en el informativo que su actividad se circunscribía al cuidado de la finca mencionada, actividad que ejerció recibiendo órdenes relacionadas con el cuidado de jardines, prados de la casa, las canchas de tejo, unidades deportivas, la recolección de frutas, el cuidado de animales, entre otras actividades, sin que se encontrará acreditado que el señor José Alberto Caldas hubiere desarrollado simultáneamente labores en otras fincas al servicio de otros o de terceros, o que de una

manera profesional pudiera estar dedicado a la administración de este tipo de predios, ni que contratara por su cuenta y riesgo a trabajadores para cumplir las funciones para las cuales había sido contratado con el señor Édgar Antonio Hernández Rojas.

De otro lado, sostuvo el sentenciador de primer grado que la naturaleza laboral de los servicios del demandante no se desvirtuaba con fundamento en los contratos de arrendamiento aportados al plenario, pues observaba que los mismos se habían celebrado para efectos de garantizar vivienda al accionante y a su familia al interior de la finca, más no para generar un ingreso al señor Hernández, bajo lo expuesto adujo el *a quo* que daba lugar a declarar probado el contrato laboral objeto de discusión directamente con el demandado Édgar Antonio Hernández Rojas al ser quien siempre fungió como contratante y quien realizó los aportes al sistema de seguridad social en pensiones ante el ISS a su favor.

Respecto de la señora Esther García de Hernández, indicó que no era dable tenerla como empleadora; que si bien con fundamento en las declaraciones rendidas en la instancia, podía deducirse que la accionada impartía órdenes al demandante en la finca la Esperanza, como lo había declarado la señora Sandra León, ello lo había sido con autorización expresa del señor Édgar quien era el verdadero empleador y, por ende, podía colegirse que la señora Esther actuaba como una simple representante del empleador.

En lo atinente a los extremos de la vinculación contractual, adujo el fallador que en el escrito introductor se decía que había comenzado ha laborar desde 1994; no obstante, de las pruebas recaudadas se tenía que el vínculo laboral se determinaba a partir del 1 noviembre de 1997, hasta el 18 de Julio del año 2016, como quiera que el actor no había acreditado que en efecto su vinculación hubiera sido a partir del año 1994, pues a pesar de que los testigos Sandra León, Édgar Gutiérrez Vega y Fabio Enrique Gutiérrez Vega, de manera insistente manifestaron que los servicios fueron prestados en la finca la Esperanza desde 1994, no se precisaba fechas exactas o con un cierto grado de certeza, encontrándose en el interrogatorio de parte del demandante que había dicho que su vinculación al Instituto de Seguros Sociales por parte del

empleador se habría efectuado a los 6 meses después de su contratación inicial, que al verificarse el formulario de afiliación al ISS se observaba que lo fue el 1 de mayo el 1998, razón por lo cual declaraba el inició de la relación laboral a partir del 1 de noviembre de 1997.

Determinado lo anterior, procedió hacer el estudio de las acreencias e indemnizaciones reclamadas, condenando al reconocimiento y pago de alguna de ellas.

RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandante** interpuso de apelación, el cual solicitó la modificación de la sentencia a fin de que sea condenada también a la señora Esther García, arguyendo que si bien era cierto que el señor José Alberto Caldas realizó el contrato con el señor Édgar Antonio Hernández, también se tenía por cierto que se había dado los tres elementos del contrato con la señora Esther quien era la esposa del señor Édgar, teniendo en cuenta que al llegar a la finca le daba órdenes, recibiendo ambos de manera directa la prestación del servicio personal, razón por lo cual, la llamada al litigio debía ser solidariamente responsable de las obligaciones laborales objeto de condena.

Aunado a que, a veces el señor Édgar Antonio Hernández no comparecía a la finca, pero sí lo hacía la señora Esther o sus familiares; que también debía analizarse que la señora demandada no había comparecido al interrogatorio de parte decretado, de manera que conforme a lo dispuesto en el artículo 77 del CPTSS existían unas consecuencias que debía asumir.

Añadió que, fuera absuelto a la condena en costas respecto de la señora Esther García de Hernández; que se analizará también que respecto de los testimonios de Édgar Gutiérrez, Fabio Gutiérrez y Sandra León se había dicho que la señora Esther le daba órdenes y efectuaba pagos al actor, no siendo entonces, dos personas ajenas que tuvieran alguna finca aparte, sino un matrimonio donde se tenía un mismo capital y se recibía la prestación del servicio de José Alberto Caldas.

Asimismo, enfatizó que debía tenerse en cuenta que en el hipotético caso en el que el señor José Alberto Caldas Duque no recibiera las órdenes de Esther García Hernández, ¿qué pasaría?, pues efectivamente le hubieran dado por terminado el contrato de trabajo, lo cual corroboraba que ambos demandados son responsables de las condenas, al haber impartido órdenes y beneficiarse del trabajo. Por tales fundamentos, solicitó modificar la sentencia en el sentido de que se condene a Esther García de Hernández y se absuelva sobre la condena en costas.

La **parte demandada Édgar Antonio Hernández Rojas**, también interpuso recurso de apelación, argumentando que no se encuentra de acuerdo con la aplicación de la presunción que dio como establecía el Juez y que tuvo como consecuencia las condenas impuestas a su cargo, citando como referencia la sentencia 8 nov. 1990, rad. 3859, que ilustraba que no todo documento, ni toda manifestación se debía entender contraria a la ley, existiendo situaciones reales en donde las condiciones podían variar, como había ocurrido en el presente caso.

Agregó que, nunca se había negado que entre el señor Hernández rojas y el señor Caldas Duque había existido un vínculo laboral; sin embargo, el mismo no había surgido desde el 1 de noviembre de 1997 hasta Julio del 2016, probándose con el formulario de afiliación a la EPS del 4 de mayo de 1998, radicado el 6 de mayo de 1998, que fue a partir de dicha data que se dio inicio a la relación laboral, al no haber sido un documento tachado de falso y aportado por la misma parte actora. Además, debía considerarse que los formularios de autoliquidación de aportes no fueron debidamente valorados por el despacho, porque con ese documento se demostraba que el demandado en su condición de empleador cumplió cabalmente con el pago de sus aportes a la seguridad social durante el tiempo que duró el vínculo laboral que finalizó en el mes de abril del año 2002.

Acotó que, el despacho le había restado valor probatorio a los contratos civiles de obra que se habían suscrito a partir del año 2002, si bien con posterioridad se habían realizado actividades similares, era posible también que entre las partes se llegará a un acuerdo de voluntades.

En lo relacionado a la subordinación laboral, al repasarse las declaraciones rendidas por los testimonios se había logrado demostrar todo lo contrario, quedando en evidencia que el demandante cumplía sus actividades de manera autónoma e independiente, pues todos ellos señalaron, incluso la ex compañera permanente del actor, que debía cumplir actividades que no eran supeditadas por nadie, al no estar presentes los dueños día a día para revisar continuamente las actividades que se hacía.

Agregó que, los señores Mario Vázquez, Fabio Enrique Gutiérrez y Édgar Gutiérrez habían constatado en sus declaraciones que el señor José residía en la finca de propiedad de los demandados, sin que tuviera ninguna limitación en su vida social, de suerte que, a partir del año 2002, el vínculo fue de carácter civil permitiéndole al actor hacer sus labores en el horario que él lo considerará, al tener ya un conocimiento sobre las actividades que desarrollaba; que el hecho de que el actor no hubiere ejercido sus servicios a otras personas, ello no era punto de partida para determinar que estuviera bajo subordinación, toda vez que él perfectamente tenía esa libertad como también de no hacerlo.

Recalcó que, si bien la señora Sandra había dicho que los controles se habían hecho vía telefónica, esa manifestación no tenía sentido, pues no se estaba hablando de la tecnología de hoy en día en la que se puede hacer una videollamada para poder demostrar minuto a minuto si estaba realizando las actividades o no, del interrogatorio de parte del demandado se había dicho que no necesitaba de una persona allí constantemente, siendo esa la razón por la cual se cambió de manera consensuada la modalidad contractual, encontrándose elementos suficientes para desvirtuar la presunción laboral.

CONSIDERACIONES

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

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar: **i)** si la relación que existió entre el actor y el señor Édgar Antonio Hernández Rojas con posterioridad año 2002, estuvo ligada por un contrato ejecutado en forma autónoma e independiente y regido por normativas ajenas al derecho laboral; **ii)** si debe modificarse el extremo inicial de la relación laboral establecida por el *a quo*, **iii)** si se encuentran demostrados en su totalidad los aportes a seguridad social en pensiones durante la vigencia del contrato laboral; **iv)** si la señora Esther García de Hernández fungió también como empleadora del actor, en consecuencia, si debe responder por las condenas impuestas en primera instancia; y **v)** si el promotor del proceso debe ser condenado en costas en la decisión de primer grado.

No es materia de discusión en el presente asunto: **i)** que el señor José Alberto Caldas Duque prestó sus servicios personales para el señor Édgar Antonio Hernández Rojas a través de un contrato de trabajo, el cual fue modificado para el año 2002, por un contrato de naturaleza civil.

EXISTENCIA DEL CONTRATO LABORAL DESPUÉS DEL AÑO 2002

Al respecto, se tiene que el artículo 24 del CST establece «*se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo*». Así pues, bastaría al trabajador, probar con suficiente rigor la prestación del servicio, para amparar dicha relación bajo las características de un contrato laboral, correspondiéndole al empleador, en consecuencia, desvirtuar su existencia objetando bien sea el tipo de prestación personal de trabajo, o bien, la existencia de subordinación laboral.

Es así, como en el presente asunto, obra plena operancia de la presunción del antedicho artículo 24 CST, por lo cual es obligación de la parte pasiva desvirtuar la existencia de un contrato laboral, cabe recordar que el elemento diferenciador entre el contrato de trabajo y los de carácter civil es la subordinación jurídica del trabajador

respecto del empleador, por lo tanto, es al empleador a quien le corresponde desvirtuarlo, tal y como lo ha tenido por sentado la alta Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria, en donde ha señalado en sentencia SL1439-2021, lo siguiente:

A diferencia de otros contratos no laborales en los que el objeto es un resultado - entrega de un bien o un servicio- y, por tanto, se procura fijar las condiciones para el logro de esa meta, en el contrato de trabajo el empleador procura ejercer un control sobre la actividad del trabajador o sobre su comportamiento, para adecuarlo al logro de sus fines empresariales. Por este motivo, la ley lo autoriza para dirigir, vigilar y sancionar su conducta, mientras que, en los ordenamientos civiles o comerciales, la ley faculta a las partes con acciones o penalidades encaminadas a garantizar el cumplimiento del objeto contractual.

De esta forma, la subordinación, elemento central del contrato de trabajo, recae sobre la actividad del trabajador como tal. Y tiene como contracara o reverso, el poder de dirección y control del empleador sobre ese comportamiento. Dicho de otro modo: poder de organización, dirección y control y deber de subordinarse son dos caras de una misma moneda. Por ello, examinar esas dos dimensiones de la relación jurídica para formarse una imagen completa de la realidad fáctica, puede arrojar bastante claridad en los casos ambiguos o de relaciones laborales encubiertas.

Asimismo, la Corte Suprema Sala Laboral en la sentencia antes citada, referenció algunos indicios que conlleva a establecer cuándo se está en presencia de un contrato laboral, tales como:

La Sala Laboral ha identificado algunos indicios relacionados en la Recomendación n.º 198 de la OIT que, sin olvidar su carácter relativo o circunstancial, no exhaustivo y dinámico, pueden ser útiles para descifrar una relación de trabajo subordinada. De esta forma, ha considerado como tales la prestación del servicio según el control y supervisión de otra persona (CSJ SL4479-2020); la exclusividad (CSJ SL460-2021); la disponibilidad del trabajador (CSJ SL2585-2019); la concesión de vacaciones (CSJ SL6621-2017); la aplicación de sanciones disciplinarias (CSJ SL2555-2015); cierta continuidad del trabajo (CSJ SL981-2019); el cumplimiento de una jornada u horario de trabajo (CSJ SL981-2019); realización del trabajo en los locales o lugares definidos por el del beneficiario del servicio (CSJ SL4344-2020); el suministro de herramientas y materiales (CSJ SL981-2019); el hecho de que exista un solo beneficiario de los servicios (CSJ SL4479-2020); el desempeño de un cargo en la estructura empresarial (SL, 24 ag. 2010, rad. 34393); la terminación libre del contrato (CSJ SL6621-2017) y la integración del trabajador en la organización de la empresa (CSJ SL4479-2020 y CSJ SL5042-2020)¹.

¹ En general, podría afirmarse que los indicios construidos por la Sala Laboral coinciden con los descritos en la Recomendación n. 198 de la OIT, instrumento que reseña los siguientes:

(a) el hecho de que el trabajo: se realiza según las instrucciones y bajo el control de otra persona; que el mismo implica la integración del trabajador en la organización de la empresa; que es efectuado única o principalmente en beneficio de otra persona; que debe ser ejecutado

Bajo lo anterior, procede la Sala a verificar el caudal probatorio a fin de verificarse las condiciones de su ejecución y, por consiguiente, si en efecto el demandante se encontraba bajo subordinación del demandado Édgar Antonio Hernández Rojas con posterioridad al año 2002.

Adujo el señor Édgar Hernández en interrogatorio de parte, que contrató laboralmente al actor en el año 1998, para que ejerciera como actividad la de «guadañar» la finca y podar las matas, que para el año 2002, cambio la modalidad contractual a un contrato civil de mano de obra, teniendo como única obligación limpiar la finca; que entre la finalización del contrato laboral y la suscripción del contrato civil fue simultánea, sin que existiera alguna variación en las actividades que debía ejecutar el demandante.

De otro lado, se llamó a declarar a la señora Sandra Giovanna Triana León quien manifestó haber sido compañera permanente del actor y haber convivido con él en la finca del demandado durante 15 años, constándole de manera personal y directa el vínculo que los ató, frente a lo cual resaltó que trabajaban de lunes a domingo teniendo que cuidar los animales, guadañar y limpiar la propiedad del accionado, sin que se tuviera un horario específico, pues debían estar pendiente todo el día del mantenimiento y cuidado del lugar. Agregó que, con posterioridad al año 2022, no varió en nada las funciones que debía realizar el señor José Alberto.

personalmente por el trabajador, dentro de un horario determinado, o en el lugar indicado o aceptado por quien solicita el trabajo; que el trabajo es de cierta duración y tiene cierta continuidad, o requiere la disponibilidad del trabajador, que implica el suministro de herramientas, materiales y maquinarias por parte de la persona que requiere el trabajo, y

(b) el hecho de que se paga una remuneración periódica al trabajador; de que dicha remuneración constituye la única o la principal fuente de ingresos del trabajador; de que incluye pagos en especie tales como alimentación, vivienda, transporte, u otros; de que se reconocen derechos como el descanso semanal y las vacaciones anuales; de que la parte que solicita el trabajo paga los viajes que ha de emprender el trabajador para ejecutar su trabajo; el hecho de que no existen riesgos financieros para el trabajador.

El señor Mario Vásquez también depuso sobre los fundamentos fácticos del presente litigio, quien dijo que se dedicaba a administrar una finca aledaña a la del demandado, constándole que el demandante estuvo dedicado al cuidado de la finca del accionado teniendo que guadañar los prados, arreglar el jardín, estar pendiente de las cosechas de los árboles y atender a los animales; afirmó que tiene conocimiento en el arreglo de máquinas para guadañar, razón por lo cual el señor Caldas lo presentó a los demandados para que les hiciera mantenimiento las maquinas de ellos, frecuentándolos cada mes, oportunidad en que podía apreciar como el señor Édgar y la señora Esther le daban órdenes al actor.

El señor Édgar Gutiérrez Vega, aseguró que conoce al demandante porque estudiaron juntos; que le consta que el señor Alberto trabajó para el señor Édgar Hernández y la señora Esther en la finca la Esperanza, porque él vivió un tiempo cerca a dicha finca y después se fue a vivir a la ciudad de Bogotá; sin embargo, visitaba con frecuencia la vereda porque tenía familiares y amigos viviendo allí, oportunidades en que veía que el señor Caldas laboraba para los demandados arreglando prados, mata, jardines, el cuidado de los animales, además de estar pendiente de la propiedad; que le constaba que el actor no abandonaba la finca, ya que en alguna oportunidad lo invitó a una reunión política contestándole el señor Alberto que no, porque no podía dejar sola la finca.

De las anteriores declaraciones, las cuales resultan ser claras, concisas y fidedignas, conllevan con certeza a establecer que el demandante José Alberto Caldas durante toda la vigencia de la relación contractual estuvo regido bajo un contrato de carácter laboral en los términos que fue declarado por el Juez de Primera instancia, al quedar acreditado que el actor ejercía como actividad principal el cuidado y mantenimiento de la finca de propiedad del demandado, recibiendo órdenes de su parte, sin que las mismas variaran con posterioridad a la celebración de los contratos civiles.

Nótese, que el contratista no era autónomo e independiente para realizar su labor, todo lo contrario, debía permanecer en su sitio de trabajo por lo menos para vigilar la propiedad, además de tener que estar pendiente del cuidado de los animales y del

mantenimiento de los jardines, si bien no tenía un horario previamente establecido, ni una supervisión diaria por parte del señor Édgar, lo cierto es que no contaba con su propia libertad para ejercer otras actividades en lugares distintos a la finca del demandado, de manera que, necesariamente implicaba su estancia permanente en las instalaciones de la propiedad del señor Hernández, las cuales eran supervisadas por él cada vez que llegaba a hospedarse, y es que el hecho de que el señor Alberto ejerciera su labor diaria de manera libre, no implicaba necesariamente que fuera autónomo en lo que hacía, puesto que lo hacía bajo el conocimiento y experticia en su oficio, más no porque tuviera esa independencia propia de los contratos civiles.

Debe recordarse que, la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral ha enseñado que la sola existencia de contratos de prestación de servicios firmados por las partes, no es suficiente para derruir la presunción legal, pues esos acuerdos formales por sí solos no son indicativos de una relación autónoma e independiente (SL609-2022), bajo ese horizonte la parte pasiva no cumplió con su carga procesal (Artículo 167 CGP), pues si bien aportó sendos contratos de obra civil y de arrendamiento, los mismos no fueron suficientes para determinar que en efecto la relación con los unión fue de carácter civil, ya que cada uno de los declarantes llamados a testiguar fueron consistentes en señalar que el señor José Alberto ejerció su actividad como capataz en la finca la Esperanza de propiedad del accionado bajo su subordinación.

Quedando plenamente demostrado que el señor Alberto estuvo vinculado con el demandado de manera continua e ininterrumpida, sin solución de continuidad, además de que siempre desarrolló las mismas labores y tuvo las mismas condiciones laborales, de manera que, no resulta comprensible que se pretenda establecer la existencia de dos contratos con finalidades totalmente diferentes, cuando en la realidad no fue así. Sobre el particular la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral a la luz de la primacía de la realidad, en la sentencia CSJ SL6441-2015, sostuvo:

*la argumentación del censor según la cual, el actuar de la demandada estuvo amparado en una contratación autorizada por la ley, es infundada, toda vez que no podía ampararse en el aparente desarrollo de un medio **de contratación legítimo, por cuanto a la luz de la primacía de la realidad, lo que aparece demostrado en el proceso es una verdadera relación subordinada, máxime que en un principio ALEXANDER***

RAMIRO FONNEGRA RÍOS estuvo vinculado con el BANCO COLPATRIA RED MULTIBANCA COLPATRIA S.A., a través de un contrato de trabajo hasta octubre de 2005 y a partir de entonces, y sin justificación alguna, a través de la «COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO FUERZA EMPRESARIAL», desempeñando las mismas funciones y sujeto a la subordinación jurídica de la demandada actuar despojado de buena fe, tal y como lo ha concluido la Sala en anteriores oportunidades, en las que, frente a hipótesis similares a las aquí analizadas, ha sostenido lo siguiente: (Subrayado y negrilla fuera del texto original),

De otra parte, tampoco hay duda alguna de que la demandada no obró de buena fe, puesto que se abstuvo, a la finalización del contrato de trabajo, de reconocer y pagar al demandante las acreencias laborales que le correspondían, sin que pueda tomarse como excusa la vinculación formal bajo la modalidad de trabajo asociado del actor con la Cooperativa Multiactiva Universitaria Nacional Limitada “COMUNA”, que suministraba personal de trabajadores docentes y no docentes a la UNIVERSIDAD (folios 171 a 173), pues ya se ha visto que se hizo un uso fraudulento de esa forma de contratación, para esconder una verdadera relación laboral, no con cualquier trabajador, sino con uno que desempeñaba un importante cargo directivo, en el que ejercía funciones esenciales para el cumplimiento de la principal actividad lucrativa de la demandada.

Con mayor razón, se muestra carente de buena fe la conducta de la demandada, si, aparte de simular una contratación con una cooperativa de trabajo asociado, las partes estuvieron vinculadas, inicialmente, a través de una relación laboral que estuvo vigente entre el 23 de julio de 1995 y el 30 de diciembre de 1995 (folios 184 a 186), e inmediatamente, sin solución de continuidad, el demandante suscribió un convenio de asociación a partir de 1 de enero de 1996 (folios 59 a 61), cumpliendo con el mismo objeto del contrato de trabajo que antes existió con la demandada, cuando existen diferencias sustanciales entre las dos modalidades contractuales, no sólo desde el punto de vista legal sino también en la forma como se ejecutan.
(Subrayado y negrilla fuera del texto original)

Luego entonces, el Juzgado no se equivocó cuando concluyó que el demandante siempre estuvo ejerciendo su actividad como capataz en la finca del señor Édgar Hernández bajo un contrato laboral.

EXTREMO INICIAL DE LA RELACIÓN LABORAL

Como bien se precisó precedentemente, no existió discusión entre el actor y el señor Édgar Antonio Hernández Rojas respecto del contrato de trabajo que se suscribió entre ambos y que finalizó en el año 2002, encontrándose el demandado únicamente inconforme con el extremo inicial de ese contrato, el cual aduce que no surgió a partir del 1 de noviembre de 1997, como lo tuvo por sentado el fallador de primer grado, sino

que lo fue a partir del 4 de mayo de 1998, momento en que suscribió el formulario de afiliación a la EPS.

Para resolver, se tiene que el Juez determinó como inicio de la relación laboral a partir del 1 de noviembre de 1997, al considerar que de acuerdo al interrogatorio de parte rendido por el actor, este había dicho que el empleador lo había afiliado 6 meses después de comenzar a prestar sus servicios, por lo que al verificarse el formulario de afiliación al ISS se observaba que la fecha de afiliación lo fue el 1 de mayo el 1998, de manera que, al contabilizarse 6 meses atrás correspondía el 1 de noviembre de 1997.

Relato que, resulta acorde con la realidad procesal, pues al verificarse la historia laboral expedida por Colpensiones el cual milita en el expediente digital (cuaderno 1° instancia – PDF 01- pág.94), allí se puede ver que el demandado comenzó a realizar aportes a favor del actor a partir del ciclo 05-1998, cotización que se realizó por 30 días; asimismo, escuchado el interrogatorio de parte del señor Alberto Caldas, este manifestó que el empleador lo afilió 6 meses después de su ingreso laboral, coincidiendo entonces con el extremo inicial determinado por el *a quo* (1 de noviembre de 1997).

APORTES A SEGURIDAD SOCIAL EN PENSIÓN DURANTE LA VIGENCIA DEL CONTRATO LABORAL

Sostiene el recurrente, que el Juez no valoró adecuadamente los formularios de autoliquidación de aportes, teniendo en cuenta que allí se encontraba plenamente demostrado que el demandado en su condición de empleador cumplió cabalmente con el pago de sus aportes a la seguridad social durante el tiempo que duró el vínculo laboral, el cual finalizó en el mes de abril del año 2002.

Revisada la decisión del fallador de primer grado, allí se ordenó pagar el valor del cálculo actuarial de los períodos comprendidos entre el 1 de noviembre de 1997 al 30 de abril de 1998, y del 13 de abril del 2002, al 18 de julio del año 2016, tomando para el efecto como ingreso base de cotización, el salario mínimo legal mensual vigente para cada anualidad. Y Adicionalmente, pagar los aportes pensionales causados entre el 1 y

el 31 de enero del 2000, el 1 de octubre al 31 de diciembre del 2000, así como del primero de 1 al 31 de julio del 2001, que advertía se encontraban en mora.

En lo concerniente, a los ciclos en mora, verificada la historia laboral del actor el cual se adjuntó al plenario (Exp. digital cuaderno 1° instancia – PDF 01- pág.94), se observa que efecto el empleador no aportó para esos periodos, tal como se puede ver del siguiente pantallazo, situación que no permite que sea modificada la sentencia en ese sentido.

[1] Identificación Aportante	[2] Nombre o Razón Social	[3] Desde	[4] Hasta	[5] Último Salario	[6] Semanas	[7] Lic	[8] Sim	[9] Total
1209300060	INDUFLORES LTDA	09/09/1988	31/05/1989	\$ \$30.150	37,86	0,00	0,00	37,86
1209300060	INDUFLORES LTDA	22/08/1989	30/10/1989	\$ \$30.150	10,00	0,00	0,00	10,00
2943295	EDGAR HERNANDEZ ROJA	01/05/1998	31/12/1998	\$ \$204.000	34,29	0,00	0,00	34,29
2943295	EDGAR HERNANDEZ ROJA	01/01/1999	31/12/1999	\$ \$236.480	47,86	0,00	0,00	47,86
2943295	EDGARE A HERNANDEZ R	01/02/2000	30/09/2000	\$ \$260.100	34,14	0,00	0,00	34,14
2943295	EDGAR ANTONIO HERNAN	01/08/2001	31/12/2001	\$ \$286.000	21,43	0,00	0,00	21,43
2943295	EDGAR ANTONIO HERNAN	01/01/2002	31/01/2002	\$ \$309.000	4,00	0,00	0,00	4,00
2943295	EDGAR ANTONIO HERNAN	01/03/2002	31/03/2002	\$ \$309.000	4,29	0,00	0,00	4,29
2943295	EDGAR ANTONIO HERNAN	01/04/2002	30/09/2002	\$ \$123.600	1,71	0,00	0,00	1,71

DE LA RELACIÓN LABORAL CON LA DEMANDADA ESTHER GARCÍA DE HERNÁNDEZ

Sostiene el recurrente que las condenas también deben ser dirigidas en contra de la demandada Esther García, esposa del señor Édgar Hernández, ya que también recibió órdenes de ella durante la vigencia de la relación laboral.

Para resolver la controversia, resulta oportuno traer a colación lo señalado por la señora Sandra Giovanna Triana León, en su declaración testimonial, quien como se dijo precedentemente fue compañera permanente del actor y convivió con él en la finca de propiedad de los accionados; esta deponente sostuvo que el señor José Caldas recibía

órdenes tanto del señor Édgar como de la señora Esther; que ambos eran los que le pagaban el salario; que la señora Esther les indicaba como debían organizar la pajarera, los marranos, qué hacer con el pozo de los pescados, si debían bajar los frutales de los árboles, entre otras cosas.

Por su parte, el señor Mario Vásquez en calidad de vecino de la finca donde laboró el señor Alberto, aseveró que cuando visitaba la finca del señor Édgar para realizar el mantenimiento de las máquinas para guadañar observaba como el demandado y la señora Esther le daban órdenes.

El señor Fabio Gutiérrez quien aseguró haber sido vecino del actor en la vereda donde él trabajaba; al preguntarle el Juez que quién era el dueño de la finca que administraba el señor Caldas, contestó: «*Simplemente yo recuerdo cuando él me decía hoy baja el patrón Don Édgar Hernández*»; sostuvo que para el año 2007, fue contratado por los demandados para pintar la casa; que quien manejaba la finca era el señor Édgar Hernández porque él era dueño del predio; que la persona que siempre le dio las órdenes durante el momento en que realizó la pintura de la casa fue el señor Édgar; respecto de si la señora Esther le dio órdenes al señor Alberto, indicó que no le constaba porque ellos nunca entraron, solamente estuvieron realizando la pintura de la casa.

En interrogatorio de parte rendido por el señor Édgar Hernández, se le preguntó si en la finca había animales como cabros, gallinas y pescados, frente a lo cual contestó que era su señora quien manejaba esa parte; también se le preguntó sin en el marco de esa relación de alguna manera intervenía la señora Esther García, contestando que nunca se preocupó si ella alguna vez lo ocupó para trasplantar alguna mata o algo, que el pago que se le realizaba al actor por sus servicios se hacía mensual o quincenalmente cuando ellos bajaban al predio.

Acorde a lo expuesto, para la Sala queda claro que la señora Esther García también actuó en calidad de empleadora del señor Alberto, pues téngase en cuenta que el mismo señor Édgar Hernández reconoció que quien manejaba los animales de la finca era su esposa la señora Esther, coincidiendo entonces en que era ella quien le daba las

órdenes al actor en relación al cuidado de los animales, tal y como lo afirmó la señora Sandra Giovanna Triana León, quedando con ello demostrado que las órdenes se daban de manera conjunta, de suerte que, la prestación del servicio no era exclusiva para el señor Hernández, sino que también lo era para la señora Esther.

Conforme al análisis objetivo del material probatorio obrante en el informativo, permite evidenciar que el actor también recibió órdenes o instrucciones de la señora Esther García de Hernández, contrario a lo concluido por el juez de primera instancia, pues incluso obsérvese que el mismo demandado reconoció o confesó que él no se ocupaba sobre ese asunto, es decir, del cuidado de los animales y que eso lo hacía era su esposa, quedando más que demostrado que era ella la que impartía las órdenes sobre ese aspecto, pues téngase en cuenta que cada uno de los declarantes confesaron que en la finca habían animales que cuidar, siendo una de las funciones que debía realizar el señor Caldas, de modo que, la señora Esther García también actuó en calidad de empleadora.

Bajo esos parámetros, habrá de revocarse la decisión de primera instancia en este aspecto, y en su lugar, declarar el contrato de trabajo con el señor José Alberto Caldas, también respecto de la señora Esther García de Hernández y, por consiguiente, condenarse a dicha accionada de manera solidaria al reconocimiento y pago de los conceptos y sumas objeto de condena en la decisión de primer grado.

COSTAS

En cuanto a la condena en costas en primera instancia a cargo del actor y a favor de la señora Esther García de Hernández, se revocará teniendo en cuenta lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 365 del CGP, por lo tanto, la accionada será condenada en costas en ambas instancias.

En cuanto al señor Édgar Hernández, se condenará en costas en esta instancia de acuerdo a lo dispuesto en el numeral 3, artículo 365 del CGP, al no haber prosperado su recurso de alzada.

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR el ordinal quinto de la sentencia apelada, proferida por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, en su lugar, **DECLARAR** que entre el señor José Alberto Caldas y la demandada Esther García de Hernández existió un contrato de trabajo a término indefinido, vigente entre el 1 de noviembre de 1997 al 18 de julio del año 2016, en el marco del cual el accionante percibió una asignación salarial equivalente al salario mínimo legal mensual vigente.

SEGUNDO: Como consecuencia, **CONDENAR** de manera solidaria a la señora **ESTHER GARCÍA DE HERNÁNDEZ** a las mismas sumas y conceptos que fueron ordenados en primera instancia a cargo del señor Édgar Alberto Hernández, y a favor del señor **JOSÉ ALBERTO CALDAS** de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

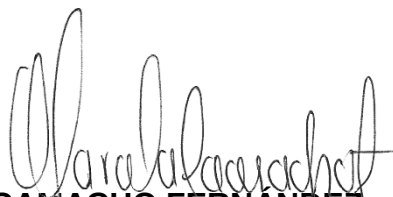
TERCERO: REVOCAR PARCIALMENTE el ordinal séptimo de la sentencia apelada, en su lugar **CONDENAR** en costas en primera instancia a la señora Esther García de Hernández, tásense por el *a quo*.

CUARTO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada.

QUINTO: COSTAS en esta instancia a cargo de los demandados.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

AUTO DEL PONENTE:

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de los demandados, la suma de \$1.160.000, para cada uno.



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

República de Colombia



Libertad y Orden

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

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	110013105038202100101-01
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	DANIEL ORLANDO RAMÍREZ RIVEROS
DEMANDADO	- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES - ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. - SKANDIA S.A PENSIONES Y CESANTIAS
LLAMADA EN GARANTÍA	MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.

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

SENTENCIA:

ANTECEDENTES

Pretende el señor **DANIEL ORLANDO RAMÍREZ RIVEROS** se **declare** la ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida (en adelante RPM) al de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS) realizado a través de la AFP Horizonte hoy Porvenir, por omisión al deber de información; en consecuencia, se le condene a la AFP Skandia a trasladar a Colpensiones todos sus aportes; que se **ordene** a Colpensiones tenerla como afiliada del RPM y actualizar su historia laboral; que se **condene** a las demandadas a lo que resulte probado ultra y extra petita, a las costas y agencias en derecho.

Como hechos fundamento de las pretensiones (archivo 01, carpeta 1ª inst. exp. digital), señaló en síntesis, que nació el 18 de junio de 1962; que estuvo afiliado al RPM desde el año 1984 a 1996, acumulando 621,57 semanas; que el 21 de enero de 1996, se trasladó al RAIS a través de la AFP Horizonte hoy Porvenir, porque el

promotor de este lo indujo a ello con la promesa de que su pensión sería superior a la que le correspondería en el RPM; que se podría pensionar a cualquier edad; que el ISS iba a ser liquidado por lo que era mejor que se cambiara o perdería sus aportes; que ese asesor no le indicó cómo se liquidaría la pensión, ni ninguna información financiera sobre los requisitos que debía cumplir en el RPM y en el RAIS para acceder a la pensión de vejez, ni los pros ni los contras que le ocasionarían el traslado de régimen.

Narró que, el 16 de febrero de 2009, realizó afiliación a la AFP Skandia, pero que no se había diligenciado la casilla de beneficiarios por lo que este no se había diligenciado conforme lo establecía la ley; que el 5 de septiembre de 2013, le realizaron una análisis de su pensión en el RAIS, donde el asesor comparó la pensión de vejez en el RAIS financiada con solo aportes obligatorios y como sería si realizaba aportes voluntarios; que el 27 de octubre de 2014, le realizaron una comparación de los que sería su mesada pensional en ambos regímenes, pero le asesoraron que la pensión voluntaria sería la misma en Colpensiones que en Skandia, lo cual era errado; que el 29 de enero de 2021 presentó ante Porvenir, Skandia y Colpensiones solicitud de nulidad o invalidez de la afiliación al RAIS.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (archivo 07 carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento del actor, que se afilió al ISS, las semanas allí aportadas, y que agotó la reclamación administrativa; frente a los demás, indicó que no le constaban por corresponder a un tercero. Propuso como excepciones de fondo, las de inexistencia del derecho y la obligación, aplicación del precedente establecido en la sentencia CSJ SL373-2021, el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, e innominada o genérica.

La **AFP PORVENIR S.A.**, contestó (archivo 08 carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento del actor, que este se vinculó al RAIS en esa fecha y con la AFP Horizonte; frente a los demás, indicó que no le constaban por corresponder a un tercero o que no eran ciertos. Aclaró que, al momento de su vinculación se brindó la información suficiente para generar en el demandante una decisión libre y voluntaria

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

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

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

La **AFP SKANDIA S.A.**, contestó (archivo 09, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó la vinculación a ese fondo, aclarando que se hizo en dos periodos, uno entre el 12 de febrero y agosto de 2007, y posteriormente desde el 16 de febrero de 2009, la cual está vigente actualmente; frente a los demás, indicó que no le constaban por corresponder a un tercero. Aclaró que al momento de la afiliación le suministró información suficiente y transparente para que él eligiera libremente dentro de las diferentes opciones de servicio que ofrecen las AFP, seleccionando la que mejor se ajustara a sus intereses; que cumplió la ley respecto del deber de asesoría y buen consejo, máxime que con la vinculación a este fondo lo que hizo fue ratificar su deseo de permanecer en el RAIS.

Propuso como excepciones de fondo, las de 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 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 la genérica.

Adicionalmente, solicitó el llamamiento en garantía a **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.** (f.º 179-187 archivo 09, carpeta 1ª inst, exp. digital), en virtud de los contratos de seguro previsional suscritos entre dicha entidad y SKANDIA cuyas vigencias fueron entre el 2007 y 2018, el que fue admitido por el Juzgado de origen (archivo 12 carpeta 1ª inst, exp. digital), y una vez notificada esa aseguradora, contestó la demanda señalando que se oponía a las pretensiones de esta y que no le constaba ningún hecho. Frente al llamamiento en garantía, expuso que el único objeto del seguro previsional regulado en los artículos 70 y 77 de la Ley 100 de 1993, era que, en caso de realizarse el riesgo, se impone para la aseguradora *«el pago de la suma adicional para completar el capital que financie el monto de la pensión de invalidez o sobreviviente»*. Y que era cierto que el seguro contratado fue el Seguro Previsional De Invalidez y Sobrevivencia para las vigencias anuales, entre el 2007 y el 2018.

Formuló como excepciones de mérito, las de frente a la acción material ejercida por la demandante, la AFP Skandia carece de amparo y/o cobertura, pues, el riesgo objeto de protección asegurativa no tiene relación con el objeto material de las pretensiones, siendo improcedente el llamamiento en garantía realizado a Mapfre Colombia Vida Seguros S.A.; Mapfre Colombia Vida Seguros S.A. no se encuentra obligada, en caso de una sentencia de condena contra la llamante en garantía, a efectuar devolución de las primas ni de ningún otro valor que corresponda a contraprestación del seguro, porque ellas fueron legalmente devengadas y los riesgos estuvieron efectivamente amparados; a Mapfre Colombia Vida Seguros S.A. no le son oponibles los efectos de una eventual sentencia estimatoria de las pretensiones de la demanda, afectando a la llamante, AFP Skandia y, por lo mismo, no está obligada a restitución alguna, inexistencia de derecho contractual por parte de la AFP Skandia, prescripción de la acción derivada del contrato de seguro y reconocimiento oficioso de excepciones.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 18 de enero de 2023 (archivo 28 carpeta 1ª inst, exp. Digital), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación verificada por DANIEL ORLANDO RAMÍREZ RIVEROS con ocasión de la suscripción del formulario de afiliación con destino a la AFP HORIZONTE S.A hoy AFP PORVENIR S.A. para el 21 DE JUNIO 1996. Lo anterior específicamente por lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia.

SEGUNDO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, PORVENIR S.A y a la AFP SKANDIA S.A. que conjuntamente adelanten las gestiones administrativas y financieras tendientes a retornar con destino al RPMPD administrado por COLPENSIONES los recursos percibidos en el RAIS por cuenta del demandante, durante el tiempo en que estuvo vinculado a cada una de estas Administradoras, debiendo transferirse los respectivos recursos integralmente recibidos, debidamente indexados, tomando para el efecto el IPC, que certifique el DANE de acuerdo con la fórmula:

$$\frac{\text{INDICE FINAL}}{\text{INDICE INICIAL}} \times \text{VALOR HISTORICO (Valor de Cada Cotización)} = \text{VALOR INDEXADO}$$

Debiéndose tomar como índice inicial, el del mes en que se verificó el pago respectivo y como índice final, el del momento en que se efectúe el traslado de los recursos con destino al RPMPD, Siendo pertinente señalar que las accionadas cuentan 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 del demandante y en caso de ser insuficientes, apliquen la diferencia con cargo a recursos propios de las AFP PORVENIR S.A y SKANDIA S.A en proporción al tiempo en que el demandante permaneció vinculado en cada una de estas administradoras. Lo anterior, por lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia.

Advierte el Despacho que, se efectuaron aportes voluntarios por parte del demandante, por lo que los valores correspondientes, deberán serle reintegrados al incoante de la acción junto con los rendimientos correspondientes, respecto de los cuales, si procederá el descuento por concepto de cuotas de administración, esto por lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia.

De los aportes legales y que son obligatorios, no habrá lugar a descuentos por concepto de naturaleza alguna. Ahora bien, de subsistir saldos luego de estas operaciones en la cuenta de ahorro individual del demandante, los mismos deberán ser girados al Fondo de Solidaridad Pensional, al hacer parte estos recursos al Sistema General de Pensiones

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

CUARTO: ABSOLVER a la llamada en garantía MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS, de las pretensiones formuladas en el llamamiento por parte de la AFP SKANDIA S.A, esto en la forma consignada en la parte motiva de la presente sentencia.

QUINTO: EXCEPCIONES en cuanto al llamamiento, dadas las resultas del llamamiento, el Despacho se considera relevado del estudio de las propuestas.

SEXTO: COSTAS. Lo serán a cargo de la 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.

En cuanto al llamamiento en garantía las costas estarán a cargo de SKANDIA 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 MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A

El Juzgado, **basó su decisión fundamentalmente** en que conforme lo señalado en el artículo 112 de la Ley 100 de 1993, las administradoras de fondos de pensiones no podían rechazar la afiliación de las personas que cumplieran con los requisitos para ser afiliados al RAIS, a excepción de las personas que se encontraban excluidas del RAIS según el artículo 61 de la Ley 100 de 1993, o respecto de las personas que estén restringidas en el régimen de movilidad pensional.

Afirmó que, conforme el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 13 de la misma norma, el empleador y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral se hará acreedor a las sanciones allí previstas, destacándose que la afiliación quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador, lo que a su juicio implicaba que debía acreditarse los vicios del consentimiento, esto es, el error, la fuerza y el dolo, los cuales a la luz de las pruebas que estaban en el informativo no se acreditaban, por lo que en su criterio no había lugar a la declarar la ineficacia del traslado.

Advirtió que, no obstante lo anterior, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en sentencia SL2929-2022, al analizar un caso fallado en primera instancia por ese despacho, había indicado que al no acreditarse el deber de información prácticamente de forma inmediata debía deducirse la configuración de esa declaratoria de ineficacia al margen de que no se hayan acreditado los vicios en el consentimiento, pues la CSJ parte de la base de que era la AFP quien debía probar que información le había suministrado a la afiliada al momento de su vinculación al RAIS, y esta debía ser analizada a fin de determinar si era suficiente para tomar una decisión informada, por lo que en ese particular contexto y acatando la sentencia referida y analizando las pruebas obrantes en el informativo no se evidencia cual fue la información que le entregó al demandante en 1996 previo a la suscripción del formulario de afiliación a la AFP Horizonte hoy Porvenir y por esta vía *«de manera automática y a título de imputación objetiva, pues debe deducir el juzgado la configuración de una ineficacia de su afiliación al RAIS»*.

Indicó que, la AFP Porvenir y la AFP Skandia debía reintegrar a Colpensiones los recursos íntegramente percibidos en el RAIS por cuenta del demandante, durante el tiempo en que estuvo vinculado a cada una de estas Administradoras, resaltando que el pago correspondiente se podrá hacer tomando para el efecto el importe de sumas que obren en la cuenta de ahorro individual del demandante y en caso de ser

insuficientes, apliquen la diferencia con cargo a recursos propios de las AFP PORVENIR S.A y SKANDIA S.A en proporción al tiempo en que el demandante permaneció vinculado en cada una de estas administradoras, y que en caso de subsistir saldos luego de estas operaciones en la cuenta de ahorro individual, los mismos debían ser girados al Fondo de Solidaridad Pensional por ser parte estos del Sistema General de Pensiones.

Sostuvo que, como en el expediente estaba probado que el actor había realizado aportes voluntarios a Skandia los mismos debían ser retornados al señor Ramírez Riveros junto con los rendimientos generados, y advirtió que respecto de estos si era procedente los descuentos por gastos de administración.

Respecto del llamamiento en garantía a Mapfre, refirió que la CSJ en su amplia línea jurisprudencial no había determinado que fuese esa entidad la que tuviese que devolver las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, porque esto no era una consecuencia de la ineficacia, por ende, absolvería a esta de las pretensiones incoadas en su contra por la AFP Skandia. Y declaró no probadas las excepciones propuestas.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES interpuso recurso de apelación argumentando que la afiliación del actor a Skandia era completamente válida, por lo que no era viable autorizar el traslado al RPM de una afiliado que ya se encontraba inmerso en la prohibición legal de que trata el artículo 2 de la Ley 797 de 2003; que el demandante no podía utilizar su propia culpa para beneficiarse; que el artículo 83 de la Constitución Política, establecía de las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas debían ceñirse a la buena fe, la cual se presumiría, lo que imponía en cabeza del promotor del litigio desvirtuar la buena fe con la que había obrado el asesor de la AFP Horizonte que le realizó el traslado de régimen.

Indicó que, una vez seleccionado uno de los dos regímenes, esa vinculación generaba unos deberes y obligaciones para las partes, por lo que la afiliada tenía unas responsabilidades como consumidor financiero, por lo que el deber de información es un conjunto de obligaciones, en el que la afiliada debía ir informada acerca de las condiciones, modalidades y sistemas que integran los regímenes pensionales, que le permitieran tomar decisiones informadas con el debido cuidado y atención que merecía su futuro pensional.

Consideró que, al firmar el formulario de traslado al RAIS aceptó regirse por las normas de ese régimen; que no podía desconocerse que el traslado indiscriminado de afiliados al RPM está afectando la sostenibilidad financiera del sistema, pues durante años no ha aportado al RPM y no construyó un futuro pensional en ese régimen.

La **AFP PORVENIR** sustentó su recurso de apelación contra la decisión de primera instancia, argumentando que, si bien existe una amplia línea jurisprudencial sobre la ineficacia del traslado, la misma CSJ ha indicado que esta no se podía aplicar de manera automática a todos los casos, pues debía existir una similitud fáctica en los casos analizados, lo que no aplicaba en este caso, porque el demandante realizó válidamente su traslado al RAIS, ya que esta fue libre, sin presiones y precedida de un consentimiento informado.

Narró que, la AFP Horizonte cumplió con los deberes que le eran oponibles para la fecha del traslado de régimen, pues lo único que se exigía era el formulario de afiliación luego de una asesoría verbal; que no se daban los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, porque en 1996, no se exigía a las AFP guardar documentación alguna acerca de la asesoría brindada al afiliado. Agregó que, el demandante como consumidor financiero también contaba con el deber de actuar con mediana diligencia, lo que suponía un conocimiento previo del acto jurídico que estaba realizando, para poder así precisar las condiciones del traslado de régimen.

Adujo que, si la consecuencia jurídica de la ineficacia era volver todo a su estado anterior, los rendimientos financieros del RAIS nunca se causaron y por ende, no había lugar a su devolución; que tampoco podía ser obligada a reintegrar lo que se pagó por primas de seguros previsionales porque esos dineros ya estaban en poder de la compañía aseguradora con la que se contrató el seguro; que tampoco había lugar a indexar los conceptos ordenados, porque el capital de la cuenta de ahorro individual generaba rendimientos, lo que implicaba que ese dinero no perdió el poder adquisitivo, luego indexarlos generaría un doble pago.

La **AFP SKANDIA** respaldó su recurso en que los aportes obligatorios del actor no se podían devolver de forma indexada, porque ello constituiría un enriquecimiento sin causa en favor de Colpensiones, dado que con los rendimientos financieros se compensa la depreciación del dinero que se pudiese haber generado en el capital del afiliado. Agregó que, el único estado en que se puede acceder a la indexación es

cuando se adeudan mesadas pensionales, pero que en este caso estábamos ante una declaratoria de ineficacia de la afiliación que tiene como fundamento la jurisprudencia.

Frente a la devolución de los aportes voluntarios, argumentó que el a quo no podía emitir esa orden porque en este proceso ello no era objeto de litis y el afiliado puede en cualquier momento solicitar el retiro de estos directamente a Skandia, ya que estos son complementarios a los aportes obligatorios, y cualquier persona puede tener una cuenta de aportes voluntarios como una opción de ahorro con fines tributarios.

CONSIDERACIONES

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

PROBLEMA JURÍDICO

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

En el presente asunto no es materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: **i)** que el señor DANIEL ORLANDO RAMÍREZ RIVEROS nació el 18 de junio de 1967; **ii)** que se afilió al ISS donde aportó desde el 26 de julio de 1984, al 30 de junio de 1996, un total de 621,57 semanas según historia laboral emitida por Colpensiones actualizada a 22 de enero de 2020 (f.º 25-29 archivo 01, carpeta 1ª inst. exp. digital); **iii)** que el **21 de junio de 1996**, suscribió formulario de afiliación con la AFP Horizonte el cual se hizo efectivo a partir del 01 agosto de igual año (f.º 32 y 52 archivo 08 carpeta 1ª inst. exp. digital); **iv)** que el 12 de febrero de 2002, se vinculó a Skandia (f.º 20 y 61 archivo 09 carpeta 1ª inst. exp. digital); **v)** que el 27 de julio de 2007 retornó a la AFP Horizonte (f.º 34 y 52 archivo 08 carpeta 1ª inst. exp. digital); y **vi)** que regresó a Skandia el 16 de febrero de 2009, donde permanece hasta la actualidad (f.º 21 y 61 archivo 09 carpeta 1ª inst. exp. digital).

INEFICACIA DEL TRASLADO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Así, para la fecha en que el accionante se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad –**21 de junio de 1996**–, la obligación de la AFP se enmarcaba en el primer periodo, según el cual debía entregar información suficiente y transparente que le permitiera elegir «*libre y voluntariamente*» la opción que mejor se ajustara a sus intereses (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019), conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 -posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003-, lo cual implicaba la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

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

Ahora bien, aun cuando en el expediente obra el formulario de solicitud de afiliación de la AFP suscrito el **21 de junio de 1996**, de él solo se advierte la fecha de su diligenciamiento, los datos personales y laborales del accionante, de modo que únicamente da cuenta de una exigencia requerida para el ingreso de un afiliado con la fórmula pre-impresa en la casilla destinada a la firma, sin que del mismo pueda concluirse que dicha AFP cumplió con el deber de suministrar al afiliado una ilustración suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna sobre las implicaciones de abandonar el esquema de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras.

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

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

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

Ahora bien, la teoría de la afiliación tacita o de los actos de relacionamiento que implican ratificación del afiliado de permanecer en el RAIS que refiere Colpensiones,

la cual fundamentó en una sentencia de la Sala 4ª Laboral de Descongestión de la Corte Suprema de Justicia, **no es admisible** porque va en contravía de la jurisprudencia emitida por la Sala Permanente de la Corte Suprema de Justicia, que tiene determinado que la validez del traslado de régimen pensional se examina al momento del traslado del RPM al RAIS, por ende, debe evaluarse qué información le fue entregada al potencial afiliado para tomar esa decisión, justo en ese preciso momento o previo a este. Sobre las decisiones tomadas por esa Sala de Descongestión, en sentencia CSJ SL1055-2022, se indicó:

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

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

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

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

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

Debe hacerse claridad además en que, los fondos privados tienen libertad probatoria para probar que el consentimiento del afiliado vertido en el formulario de afiliación **fue informado**, es decir, puede hacerlo a través de cualquier medio de prueba conforme lo establecido en el Código General del Proceso, por ende, resulta equivocado el argumento de Colpensiones y Porvenir al señalar que se les está imponiendo obligaciones que no estaban previstas en el ordenamiento jurídico al

momento del traslado, máxime que el deber de información nació desde la creación del RAIS, y era a los fondos privados como expertos en la materia a quienes le correspondía tener los archivos de la documentación soporte del traslado, máxime en este caso, donde la señora Rivera al momento de firmar el formulario de traslado en 1998, era beneficiaria del régimen de transición en razón a su edad, y por ello el deber de información y el análisis a su caso en particular debía ser mucho más riguroso, pero aquí Porvenir no demostró siquiera que hubiese entregado información básica.

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

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

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

Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adocinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado,

junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJ SL2877-2020 y CSJ SL4811-2020). (Subrayadas fuera del texto original).

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

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

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

Cabe agregar, que por vía jurisprudencial se ha aceptado que los fondos de pensiones, también deben devolver a Colpensiones las «*primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos*» (CSJ SL1055-2022, entre muchas otras); como en este caso, ello no fue ordenado por el juez de primer nivel, esta Sala de Decisión, dispondrá su devolución a la Administradora de Pensiones Colpensiones, en virtud a que a favor de esta se está surtiendo el grado jurisdiccional de consulta; lo anterior, teniendo en cuenta que se tratan de dineros del sistema de seguridad social en pensiones, y que deben ser devueltos en su integridad a la entidad que nuevamente recibe el afiliado.

Por lo tanto, se hace necesario adicionar y modificar el numeral segundo de la sentencia de primer grado, en el sentido de ordenar a la AFP Porvenir y a Skandia a trasladar a COLPENSIONES y esta a su vez a recibir por parte de aquellas, las cotizaciones recibidas en su integridad, lo que incluye gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, los bonos pensionales si los hubiere y los rendimientos con las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, más los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual, toda vez que la *a quo* omitió ordenar en su totalidad la devolución de los mismos, como lo dispone la sentencia en

cita, pues como se dijo, estos hacen parte de la cuenta de la demandante y con ellos es claro, que habrá de financiarse las prestaciones a que haya lugar por parte de Colpensiones.

Lo anterior, no vulnera el principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema, dado que, la ineficacia del traslado de régimen del demandante implica, como ya se dijo, la devolución de todos los dineros por él aportados al RAIS más sus rendimientos, frutos e intereses que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de esta de **manera íntegra** a COLPENSIONES, declaración que trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original (CSJ SL 4911-2019).

PRESCRIPCIÓN

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

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

DE LOS APORTES VOLUNTARIOS

El Artículo 62 de la Ley 100 de 1993, reguló las cotizaciones voluntarias, las cuales son únicas y exclusivas del RAIS, indicando que estas correspondían a valores diferentes a las cotizaciones obligatorias, las cuales se pueden realizar de forma periódica u ocasional con el fin de incrementar los saldos de ahorro individual con fines pensionales, y así obtener una pensión más alta o una pensión anticipada; estos se pueden realizar a la misma cuenta de ahorro individual donde se acumulan los aportes obligatorios, o en una cuenta independiente, la cual puede posteriormente sumarse al capital ahorrado para pensión obligatoria, o ser meramente un ahorro que tiene beneficios tributarios.

En este caso se evidencia que, el actor realizó aportes voluntarios a la misma cuenta de ahorro individual, luego su fin era incrementar los saldos de su cuenta de ahorro individual para obtener una pensión más alta o pensionarse anticipadamente.

Por lo anterior, pese a no solicitarse la devolución de los aportes voluntarios en las pretensiones de la demanda, este dinero al hacer parte integral de su capital para pensión, y al haberse declarado ineficaz el traslado realizado al RAIS el **21 de junio de 1996**, la consecuencia jurídica es que ese acto jurídico no existió, y la AFP debe trasladar a Colpensiones todo el capital ahorrado en la cuenta de ahorro individual, pero como en este caso en esa cuenta existen unos aportes voluntarios que pertenecen directamente al afiliado, deben ser entregados a este, esto debido a que, sus aportes no fueron a una cuenta independiente si no a la cuenta de aportes obligatorios.

En consecuencia, se confirmará la decisión en este punto también.

COSTAS

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

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR Y MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el cual quedara así:

- **ORDENAR** a la **SOCIEDAD MINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A** a trasladar a COLPENSIONES y esta a su vez a recibir por parte de aquella, los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que el demandante estuvo afiliado a esa administradora, esto es, entre el 01/08/1996 al 31/03/2022, y del 01/09/2007 al 31/03/2009. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus

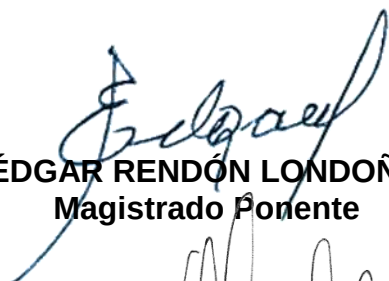
respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

- A **SKANDIA S.A PENSIONES Y CESANTIAS** a trasladar a COLPENSIONES y esta a su vez a recibir por parte de aquella, las cotizaciones recibidas en su integridad, entre el 01/04/2002 y el 31/08/2007 y a partir del 01/04/2009, lo que incluye gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, los bonos pensionales si los hubiere y los rendimientos con las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, más los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

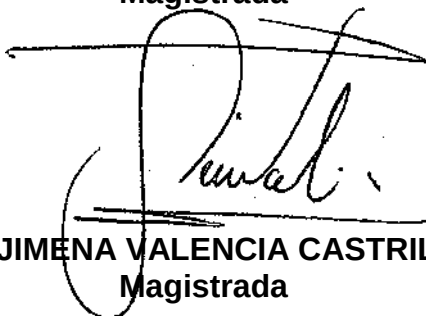
SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de Colpensiones, la AFP Porvenir, y Skandia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada


ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

AUTO DEL PONENTE:

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



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

República de Colombia



Libertad y Orden

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

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	11001310504120210031601
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	BELÉN PÉREZ DE ROJAS
DEMANDANDO	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES

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

SENTENCIA:

ANTECEDENTES

Pretende la señora Belén Pérez de Rojas se condene a Colpensiones al reconocimiento y pago de la sustitución pensional por la muerte de su cónyuge señor Mario Nieto, junto con el retroactivo, las mesadas adicionales, los incrementos de ley, los intereses moratorios, la indexación, lo que resulte probado conforme las facultades extra y ultra petita y las costas y agencias en derecho.

Como hechos fundamento de las pretensiones (f° 1 - 9 archivo 01, carpeta 1ª inst. exp. digital), señaló que el señor Mario Nieto nació el 24 de junio de 1936; que fue pensionado por el entonces ISS hoy Colpensiones mediante Resolución No.00384 del 10

de febrero de 1997; que ella contrajo matrimonio con aquel el 20 de septiembre de 1998; que compartieron techo, lecho y mesa por más de 21 años desde la celebración del matrimonio; que no procrearon hijos; que el señor Mario Nieto la tenía afiliada a la Nueva EPS en calidad de beneficiaria; que éste falleció el 02 de marzo de 2020; que el 27 de noviembre de 2020, radicó ante Colpensiones solicitud a efectos de que le fuera reconocida la sustitución pensional con ocasión del fallecimiento de su cónyuge; que esta entidad, mediante Resolución No. SUB 47053 del 22 de febrero de 2021, decidió negarle la sustitución pensional argumentando que no convivió por cinco años o más antes de la fecha del fallecimiento y que en contra de tal decisión no se interpuso recurso alguno como quiera que Colpensiones indicó que la misma fue notificada electrónicamente, pero lo cierto era que ella nunca la recibió.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** contestó la demanda (f° 1 - 9 archivo 01, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la misma. En cuanto a los hechos, aceptó el señor Mario Nieto nació el 24 de junio de 1936; que fue pensionado por el entonces ISS hoy Colpensiones mediante Resolución No.00384 del 10 de febrero de 1997; que este y la demandante contrajeron matrimonio el 20 de septiembre de 1998; que el nombrado señor tenía registrada a la actora como beneficiara en la Nueva EPS; que aquel falleció el 02 de marzo de 2020; que el 27 de noviembre de 2020, la actora radicó ante Colpensiones solicitud a efectos de que le fuera reconocida la sustitución pensional con ocasión del fallecimiento de su cónyuge; que esta entidad, mediante Resolución No. SUB 47053 del 22 de febrero de 2021, negó la sustitución pensional argumentando que no habían convivido por cinco años o más antes de la fecha del fallecimiento y que en contra de tal decisión no se interpuso recurso alguno. Frente a los demás hechos indicó que no le constaban.

En su defensa propuso como excepciones de fondo, las de inexistencia del derecho y de la obligación, inexistencia del derecho y de la obligación al reconocimiento y pago de intereses moratorios e indexación, inaplicación de la indexación, buena fe, prescripción y la innominada.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Cuarenta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 02 de febrero de 2023 (f.º 112-113 exp. Físico), resolvió:

PRIMERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, a reconocer y pagar a la señora BELÉN PÉREZ DE ROJAS la sustitución pensional causado por el fallecimiento del pensionado MARIO NIETO, a partir del 02 de marzo de 2020, en cuantía del 100% de la mesada pensional devengada por el causante para el año 2020, la cual deberá ser reajustada anualmente conforme lo establezca el gobierno nacional, y por 14 mesadas pensionales al año, por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, a reconocer y pagar a la señora BELÉN PÉREZ DE ROJAS el retroactivo pensional causado desde el 02 de marzo de 2020, de manera indexada desde la fecha de su causación, y hasta la fecha en que se haga el pago efectivo del mismo conforme al IPC certificado por el DANE. Así mismo, se autoriza a la COLPENSIONES a descontarse los aportes a salud de conformidad con lo establecido en el artículo 204 de la Ley 100 de 1993, conforme la parte considerativa de esta providencia.

TERCERO: CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES a reconocer y pagar a la demandante los intereses moratorios, de que trata el artículo 141 de la ley 100 de 1993 desde el 28 de enero de 2021 y hasta cuando se efectuó el pago del retroactivo pensional objeto de condena.

CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de fondo, formuladas por la parte demandada.

QUINTO: CONDENAR en costas, incluidas las agencias en derecho, a la parte demandada COLPENSIONES y a favor de la demandante en la suma única de \$2.000.000.

SEXTO: REMITIR copia de esta providencia a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, conforme lo normado en el artículo 48 de la ley 2080 de 2021.

Para fundamentar su decisión, sostuvo que dentro del plenario estaba acreditado que el causante Mario Nieto era beneficiario de una pensión de vejez reconocida por el extinto ISS mediante la Resolución No. 384 del 10 de febrero de 1997, con efectividad del 01 de marzo de la misma anualidad en cuantía de \$177.513. Asimismo, determinó que estaba probado que el causante falleció el 02 de marzo de 2020 como se extraía del registro civil de defunción.

Refirió que, conforme a lo anterior, dada la fecha del deceso del causante, era claro que la norma aplicable para la resolución del caso eran los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, modificados por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, disposiciones que establecían quienes son los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, la cual reprodujo.

Determinó que, se debía analizar si en este caso la demandante cumplía los requisitos de la norma en cita. Para ello, indicó que en primer lugar, estaba demostrada la calidad de cónyuge supérstite de la actora con el registro civil de matrimonio que obraba en el plenario; en segundo lugar, que tampoco existía duda sobre que la demandante para el año 2020, contara con más de 30 años, en tanto su fecha de nacimiento era el 05 de mayo de 1935, conforme a las documentales obrantes en el plenario y, en tercer lugar, que entre la actora y el causante Mario Nieto había existido una convivencia desde la fecha del matrimonio y que se mantuvo hasta la muerte del entonces pensionado.

Respecto de la convivencia, puntualizó que los testigos Enrique Nieto Manrique y Leonardo Fabio Rojas Pérez fueron coincidentes en referir que la actora y el fallecido convivieron desde que contrajeron nupcias en septiembre de 1998; que hasta la fecha del deceso mantuvieron su relación de apoyo mutuo; que tales declaraciones además merecían completa credibilidad por haber sido uniformes y coherentes y por provenir de dos personas cercanas a los implicados, como lo eran los hijos unilaterales del fallecido y de la demandante.

Mencionó que, aunque los testigos confirmaron que aproximadamente desde el año 2018, los señores Mario Nieto y Belén Pérez residían por algunos períodos en ciudades diferentes, de ello no se desprendía que la relación hubiese terminado, máxime cuando, por el contrario, los declarantes precisaron que aquellos conservaban su relación de esposos, que el fallecido solventaba los gastos de vivienda, alimentación, servicios públicos y vestuario de la actora y que la razón de distanciamiento obedecía a que al causante por su edad, le sentaba mejor el clima cálido de la ciudad de Yopal y que la señora Belén Pérez aunque lo visitaba, no se trasladó de forma permanente debido a que no tenía una relación pacífica con el hijo que hospedaba al pensionado.

Resaltó que, la Sala de Casación Laboral en sentencias SL10496-2015 y SL 11536-2017, preceptuó que en estos casos lo esencial no era la presencia directa de las parejas sino los lazos afectivos, de ayuda, socorro, lo que se reforzaba con la dependencia económica, cuestiones que en este caso se presentaron como quiera que el referido distanciamiento no demostraba que el vínculo entre la pareja hubiese finalizado, pues los actos de apoyo y ayuda mutuo se mantenían, al punto de que la señora Belén Pérez continuaba viviendo en la casa del causante y que a la fecha reportaba una situación económica precaria por no contar con el soporte financiero de su esposo. En consecuencia, concluyó que estaban plenamente acreditados los requisitos previstos en la Ley 100 de 1993 y en la Ley 797 de 2003.

Frente al retroactivo pretendido en la demanda, consideró que debía ser analizado en conjunto con la excepción de prescripción formulada por Colpensiones, la cual sentó que no tenía vocación de prosperidad, pues el derecho surgió el 2 de mayo de 2020, con el fallecimiento del cónyuge de la actora y esta presentó reclamación ante Colpensiones el 27 de noviembre de 2021, de modo que el término trienal de prescripción fenecería en el mismo día y mes del año 2024 y que la demanda se había radicado el 13 de septiembre de 2021, de modo que las mesadas desde el fallecimiento eran exigibles y no habían prescrito, por lo que el retroactivo debía ser pagado desde esa data, por 14 mesadas al año, que se deberían ajustar anualmente.

Con relación a los intereses moratorios, señaló que eran procedentes conforme a las sentencias SL1681-2020 y SL3662-2020 de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en las que se afirmaba que las pensiones reconocidas con base en la Ley 100 de 1993, eran susceptibles de generar intereses y que bastaba con la simple demostración del no pago pasados dos meses de su reclamo, para que se generaran, de manera que en este caso, al haberse reclamado la prestación el 27 de noviembre de 2020, se debían pagar intereses desde el 28 de enero de 2021.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia solicitando que se revocara en su integridad. Para tal efecto, argumentó que el a quo no tuvo en cuenta que no se cumplían los requisitos previstos en el artículo 47 de la Ley 100 de 1993 modificado por la Ley 797 de 2003, específicamente lo relacionado con la convivencia, pues era claro que conforme a la investigación realizada por esta entidad, la actora y el fallecido estuvieron distanciados desde el año 2018, hasta la fecha del deceso, de modo que no existió la convivencia directa durante los 5 años anteriores como lo exigía la Ley y la jurisprudencia.

CONSIDERACIONES

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

En el presente asunto no son materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: **i)** que el señor **Mario Nieto** era beneficiario de una pensión de vejez con el ISS hoy Colpensiones, reconocida a través de Resolución No. 384 del 10 de febrero de 1997, con efectividad del 01 de marzo del mismo año (f°30 archivo 05, carpeta 1ª inst. exp. digital); **ii)** que el 20 de septiembre de 1998, contrajo matrimonio con la demandante (f°17 archivo 05, carpeta 1ª inst. exp. digital); **iii)** que el señor **Mario Nieto** falleció el 02 de marzo de 2020 (f°15 archivo 05, carpeta 1ª inst. exp. digital); **iv)** que el 27 de noviembre de 2020, la actora radicó ante Colpensiones solicitud a efectos de que le fuera reconocida la sustitución pensional con ocasión del fallecimiento de su cónyuge (f°17 archivo 05, carpeta 1ª inst. exp. digital); y **v)** que esta entidad, mediante Resolución No. SUB 47053 del 22 de febrero de 2021 negó la sustitución pensional (f°30 archivo 05, carpeta 1ª inst. exp. digital)

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los antecedentes dados, procede esta Sala a determinar si en este caso se cumplen los requisitos previstos en los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993,

modificados por la Ley 737 de 2003, para que la demandante sea beneficiaria de la pensión de sobrevivientes en calidad de cónyuge supérstite del señor Mario Nieto.

PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES

Empieza la Sala por referir que, tratándose del estudio del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, la norma aplicable es la vigente a la fecha del fallecimiento del afiliado o pensionado que, para el caso concreto, tuvo ocurrencia el 2 de marzo de 2020, de manera que la disposición que en principio gobierna tal situación pensional, es el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, que puntualmente establece:

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

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

(...)

Dado que es un hecho indiscutido que el causante ostentaba la calidad de pensionado con el ISS desde el 10 de febrero de 1997, surge palmario que dejó causado el derecho a la pensión de sobrevivientes.

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

ARTÍCULO 47. Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

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

b) En forma temporal, el cónyuge o la compañera permanente supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga menos de 30

años de edad, y no haya procreado hijos con este. La pensión temporal se pagará mientras el beneficiario viva y tendrá una duración máxima de 20 años. En este caso, el beneficiario deberá cotizar al sistema para obtener su propia pensión, con cargo a dicha pensión. Si tiene hijos con el causante aplicará el literal a).

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

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

(...)

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

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

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

una convivencia mínima de 5 años con el causante en cualquier tiempo, en vigencia del vínculo matrimonial.

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

En similar sentido, la jurisprudencia laboral ha sostenido que la convivencia debe ser evaluada de acuerdo con las peculiaridades de cada caso, dado que pueden existir eventos en los que los cónyuges o compañeros no cohabiten bajo el mismo techo, en razón de circunstancias especiales de salud, trabajo, fuerza mayor o similares, lo cual no conduce de manera inexorable a que desaparezca la comunidad de vida de la pareja si notoriamente subsisten los lazos afectivos, sentimentales y de apoyo, solidaridad, acompañamiento espiritual y ayuda mutua, rasgos esenciales y distintivos de la convivencia entre una pareja y que supera su concepción meramente física y carnal de compartir el mismo domicilio.

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

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

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

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

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

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

En audiencia celebrada el 27 de enero de 2023, se practicó el interrogatorio de la señora **Belén Pérez**, quien declaró que convivió desde el año 1997, con el señor Mario Nieto, que contrajeron matrimonio cuando ambos estaban viudos; que conoció al ahora fallecido por una vecina que le informó que él estaba rentando un espacio y que al saber que ambos habían perdido a sus parejas empezaron una relación, la cual pasados 15 meses se formalizó por matrimonio católico. Preciso además, que la vivienda en la que residía era de propiedad del señor Mario Nieto, que durante toda su relación vivieron en el mismo lugar con uno de los hijos de su esposo, que nunca se separaron, que él siempre veló por su manutención.

También se escuchó el testimonio del señor Guillermo Hurtado Gonzáles, quien afirmó ser vecino de la demandante y del causante desde hacía más de 25 años e indicó que le constaba que hace más de 24 años la pareja convivía; que no tenía conocimiento de que se hubiesen separado; que aunque no tenían contacto a fondo sí se saludaban con frecuencia; que siempre los vio juntos; que observaba que quien trabajaba en la relación era el señor Mario Nieto y que no sabía si la señora Belén Pérez laboraba.

Igualmente declaró el señor Jorge Enrique Nieto Manrique, hijo del señor Mario Nieto, quien manifestó que su difunto padre y la demandante convivieron por más de 20 años después del fallecimiento de su madre; que durante ese período él residía con la pareja en la vivienda de su padre, en la que continuaba compartiendo techo con la señora Belén Pérez; que su padre los años anteriores a su fallecimiento viajaba constantemente a Yopal porque le favorecía el clima, pero que desde ese lugar le enviaba dinero a la actora para su manutención y vestuario.

Por su parte, el señor Leonardo Fabio Rojas Pérez, hijo de la actora, indicó que recordaba que su madre y el señor Mario Nieto se casaron en el año 1998; que desde esa época convivieron en la casa de su padrastro; que vivían con un hijo del señor Nieto; que nunca se habían separado; que siempre se guardaron fidelidad; que su madre dependía económicamente del fallecido a quien le servía en las labores del hogar y que a la fecha ella estaba atravesando una situación económica precaria justamente por la muerte de su esposo. El testigo también refirió que sabía que aproximadamente desde el año 2018, el señor Nieto viajaba constantemente a Yopal, porque el clima le favorecía y que su madre lo acompañó en varias ocasiones pero que ella retornaba a Bogotá al poco tiempo debido a que no tenía una buena convivencia con el hijo del causante, que los hospedaba en esa ciudad.

Visto lo anterior, de las pruebas obrantes en el plenario, entre ellas, los testimonios previamente referidos, se colige con claridad que la demandante y el causante iniciaron convivencia en calidad de cónyuges desde el año 1998, fecha en la que contrajeron matrimonio; que construyeron un proyecto de vida juntos por más de 25 años y que se brindaban compañía, soporte y apoyo mutuo, pues nótese que, conforme lo referido de manera coincidente por los declarantes, el señor Mario Nieto le abrió las puertas de su vivienda a la señora Belén Pérez y asumió su manutención y cuidado, mientras ella por su parte, se dedicaba a las labores del hogar. Así las cosas, para la Sala sin lugar a dudas está demostrado el cumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el 12 de la Ley 797/03, para tener como beneficiaria de la pensión del causante a la demandante, en su calidad de cónyuge sobreviviente, sin que la discusión sobre un eventual distanciamiento en los años anteriores a la fecha del fallecimiento del señor Mario Nieto tenga relevancia alguna, como quiera que, de un lado, los testigos fueron coincidentes en indicar que ello se generó por cuestiones de salud del entonces pensionado y, de otro, en este caso, al ser la demandante cónyuge supérstite y al haber existido una sociedad conyugal vigente a la fecha del deceso, bastaba con demostrar la convivencia por cinco años en cualquier tiempo, cuestión que quedó evidentemente acreditada.

Ahora, se tiene que Colpensiones formuló recurso de apelación porque a su juicio en este caso no se cumplía el requisito de convivencia previsto en el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, debido a que la investigación efectuada por esta entidad concluía que la actora y el causante no residían en la misma ciudad a la fecha del deceso de este último. Sobre el particular, advierte esta Sala de Decisión que, tal reparo no tiene vocación de prosperidad, pues de haberse presentado la situación descrita por Colpensiones, ello no tendría relevancia alguna para la determinación de los derechos pensionales de la actora, toda vez que se trataba de una pensión en favor de una cónyuge supérstite, de ahí que bastara con demostrar que durante el matrimonio se consumó una convivencia **continua de 5 años en cualquier tiempo**, asunto que estaba ampliamente acreditado. Sin perjuicio de lo expuesto, también es claro que a pesar del distanciamiento físico que pudo llegar a existir entre la pareja, el mismo tuvo lugar por cuestiones de salud del causante y no por una ruptura de la relación.

Frente a la excepción de prescripción propuesta por Colpensiones, se advierte que la misma no tiene vocación de prosperidad, dado que el causante falleció el 02 de marzo de 2020, la reclamación administrativa formulada por la actora data del 27 de noviembre de 2020, y la demanda se radicó en septiembre de 2021, luego entre estos hitos temporales no transcurrió el término trienal consagrado en el artículo 488 del CST y 151 del CPTSS.

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

COSTAS

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

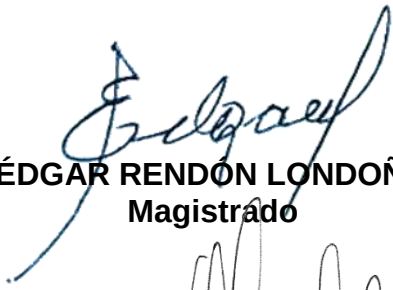
En mérito de lo expuesto el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada, proferida por el Juzgado Cuarenta y Uno de Circuito de Bogotá, por las razones anteriormente expuestas.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado



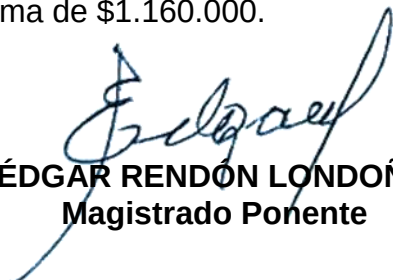
DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

AUTO DEL PONENTE:

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



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

República de Colombia



Libertad y Orden

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

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	110013105005202100124-01
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	CARLOS BERNAL GRANADOS
DEMANDADO	- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES - ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

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

SENTENCIA:

ANTECEDENTES

Pretende el señor **Carlos Bernal Granados** se **declare** que la vinculación a la AFP Porvenir S.A. es inexistente e ineficaz, por lo tanto, no nació a la vida jurídica, en razón a que con la conducta de la AFP Porvenir S.A. se omitió y ocultó información al afiliado, careciendo de elementos esenciales el contrato, esto es, objeto, causa y consentimiento, elementos indispensables para que exista contrato o acto jurídico de vinculación al fondo privado, en atención a lo ordenado en el artículo 1501 del Código Civil, se **declare** la nulidad del traslado de régimen que le fue realizado el 1 de noviembre de 1995, de Colpensiones a la AFP Porvenir S.A.

Como consecuencia, se **ordene** a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones la totalidad de los aportes, como cotizaciones y bonos pensionales, incluidos los rendimientos que se hubieren causado, sin que sea posible que se descuente algún valor, se **condene** a la Porvenir S.A. a pagar la indemnización de que trata el artículo

2341 del Código Civil; que se **condene** a las demandadas al pago de costas y agencias en derecho (f° 5-6 – archivo 02- carpeta 1 instancia- exp. digital).

Como hechos fundamento de las pretensiones (f° 2-6 – archivo 02- carpeta 1 instancia- exp. digital), señaló en síntesis, que nació el 16 de febrero de 1956; que se afilió a Colpensiones en el mes de febrero de 1977, efectuando aportes hasta octubre de 1995; que el 1 de noviembre de 1995, se trasladó de régimen pensional a través de la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A.

Sostuvo que, el argumento de Porvenir S.A. para que se trasladará a dicha entidad se basó en la extinción que se produciría del régimen de prima media con prestación definida, por ende, la pérdida completa de sus derechos pensionales, ofreciéndole más beneficios; que al momento del traslado no le informó sobre la transición que surgiría entre una entidad y la otra, así como tampoco la connotación de los derechos adquiridos, ni le indicó la diferencia de un régimen a otro; que se omitió también informarle sobre las consecuencias que le generaría la escogencia de las modalidades de pensión en el valor real del bono pensional a la hora de ser redimido y su incidencia en el valor de la mesa pensional, que el 29 de mayo de 2012, la accionada rechazó su solicitud de traslado de régimen.

Recalcó que, la AFP Porvenir S.A. mediante simulación pensional de fecha 15 de mayo de 2018, estableció que el valor de la mesada pensional que recibiría a los 63 años de edad sería de \$1.329.000 con una tasa de remplazo del 22.71%, que teniendo en cuenta dicho valor realizó estudio de cálculo actuarial el cual arrojó como resultado que la pensión de vejez para el año 2019, sería de \$ 3.942.703, el mismo estudio evidenció que el valor de la mesada pensional en Porvenir S.A. corresponde solo a \$1.455.517, teniendo en cuenta que para el mismo se utilizó solamente un rendimiento del 4%, valor inferior al que realmente se debía liquidar. Preciso que, el detrimento patrimonial que genera el traslado de régimen pensional asciende al valor mensual de \$2.613.703 y anual de \$33.978.139, respecto de la diferencia de la mesada pensional.

Acotó que, mediante radicado No. 0100223023249600 del 30 de noviembre de 2018, presentó solicitud de nulidad de traslado ante la AFP Porvenir, la cual fue negada el 4 de diciembre de 2018; que el 6 de diciembre de 2018, realizó la misma petición ante Colpensiones quien resolvió negativamente mediante radicado No. 2018_15528584.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** contestó (f° 2 – archivo 06- carpeta 1 instancia- exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda, respecto de los hechos aceptó fecha de nacimiento del demandante, fecha de afiliación al régimen de prima media, aportes realizados por el actor en dicho régimen, petición y respuesta.

Como excepciones de mérito propuso, 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 (Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política), buena fe, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, improcedencia de declaratoria de ineficacia de afiliación en los casos de pensionados en el RAIS, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y la innominada o genérica.

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** contestó (f° 2 – archivo 09- carpeta 1 instancia- exp. digital), oponiéndose también a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó fecha de nacimiento del actor, petición y respuesta, respecto de los demás hechos señaló no constarle los numerales 2, 10, 11, 15 y 16, y no ser ciertos los demás. En su defensa propuso como excepciones, prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 28 de junio de 2022 (archivo 16 y 17- carpeta 1 instancia- exp. digital), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado del señor **CARLOS BERNAL GRANADOS** a **COLPATRIA S.A.** hoy **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

SEGUNDO: ORDENAR a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** a trasladar a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** el valor de las cotizaciones efectuadas junto con los rendimientos, frutos e intereses, y a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE**

PENSIONES – COLPENSIONES a recibir los aportes del demandante, procediendo a actualizar su historia laboral.

TERCERO: ABSOLVER a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** de las demás pretensiones incoadas en su contra declarando parcialmente probada la excepción de inexistencia de la obligación respecto de la indemnización de perjuicios.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia

Fundamentó su decisión, indicando que ya era conocida la línea jurisprudencial que se ha sentado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia sobre la nulidad y/o ineficacia de traslado del régimen pensional, desde la sentencia del 9 de septiembre de 2008, rad. 31989 hasta las más recientes CSJ SL1421-2019, SL1688, SL1689 y SL3464-2019, SL4806-2020, SL5686-2021 y SL756-2022.

Sostuvo que, las anteriores providencias la Corte ha resuelto: **i)** que la excepción de prescripción no es dable en estos casos, **ii)** que la carga de la prueba corresponde a las AFP, evidenciado en el presente asunto que para el año 1995, momento que surtió el traslado ya se encontraba vigente el Decreto 720 de 1994, en donde se establecía que las AFP debía suministrar a sus potenciales afiliados una información amplia, oportuna y suficiente, es decir, un deber cualificado de información, **iii)** que los formularios de afiliación no son prueba conducente del consentimiento informado, frente a lo cual se tenía que los formularios allegados al expediente contenía una información básica de las personas, como datos personales y la de sus beneficiarios, pero no consagraba las ventajas y desventajas del régimen al cual se estaba afiliando, **iv)** que no era necesario que una persona fuera beneficiaria del régimen de transición o que tuviera cumplidos algunos de los requisitos para pensionarse a fin de poder acceder a esta pretensión.

Seguidamente, refirió que el señor Carlos Bernal al haber nacido el 16 de febrero del año 1956, cumplió los 52 años el mismo día y mes del año 2008, momento para el cual se encontraba afiliado a BBVA Horizonte, siendo dicha entidad la que había omitió brindarle oportunamente la información de la imposibilidad de trasladarse a partir de que cumpliera los 52 años de edad, bajo lo expuesto debía declararse la ineficacia de traslado pensional.

Respecto de las costas, adujo que se abstenía de condenar a las mismas teniendo en cuenta que Porvenir por virtud de fusión con el BBVA en diciembre de 2013, había recibido al actor, sin que se pudiese permitir su traslado, pues ya había cumplido los 52 años de edad.

RECURSO DE APELACIÓN

La **PARTE DEMANDANTE** interpuso recurso de apelación a fin de que se revoque parcialmente la decisión de primera instancia, respecto de la absolución de la condena en costas a Porvenir S.A., argumentando que si bien es cierto dicha entidad asumió la administración de los recursos de los afiliados a partir del año 2013, es cierto también que a partir de ese momento debía asumir las consecuencias positivas y negativas de las afiliaciones que hubiere realizado BBVA horizonte.

De otro lado, también solicitó fuera condenada en costas a Colpensiones toda vez que previo a instaurarse la demanda se elevaron reclamaciones administrativas tendientes a que se declarará la ineficacia del traslado y como bien se dijo en la sentencia de primer grado desde el año 2008, existe una amplia jurisprudencia que permite el traslado de régimen por omisión en el deber de información.

COLPENSIONES impetró recurso de apelación, señalando que no tuvo injerencia en la decisión tomada por el señor Carlos Bernal en relación con el traslado de régimen; por lo cual, insta a esta Corporación para que se estudie de fondo la decisión de primera instancia, por cuanto quedó demostrado que la AFP falló en el deber de información, al no haber asesorado al demandante antes de cumplir con el tiempo límite de los 10 años previo al cumplimiento de la edad para acceder a la pensión, siendo que era su deber indagar sobre en qué régimen deseaba seguir el afiliado.

Asimismo, solicitó que fuera el fondo privado quien asumiera el estudio y reconocimiento pensional bajo los mismos parámetros que ofrece el régimen de prima media, de igual manera, se tenga en cuenta que la entidad se encuentra vinculada al presente proceso de una forma residual puesto que al declararse la ineficacia del traslado efectuada ante el régimen de ahorro individual, ello no puede endilgarse a Colpensiones, máxime que a quien le asistía la obligación de brindar la información veraz y oportuna era al fondo privado al momento de realizar la suscripción de traslado.

Por último, se tenga en cuenta el principio de la relatividad jurídica teniendo en cuenta que Colpensiones es un tercero en el acto jurídico que celebró el actor con el fondo privado, y los actos jurídicos en principio tienen efectos *inter partes*, por lo cual independientemente de la decisión adoptada, Colpensiones no podría ser ni favorecida, ni perjudicada.

CONSIDERACIONES

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

PROBLEMA JURÍDICO

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

En el presente asunto no es materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: **i)** que el señor Carlos Bernal Granados nació el 16 de febrero de 1956 (f° 29, archivo 02 de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); **ii)** que estuvo vinculado al ISS entre el 7 de febrero de 1977, al 31 de octubre de 1995 (f° 71 archivo, carpeta 14, de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); **iii)** que el **17 de octubre de 1995**, se trasladó al RAIS mediante la suscripción de un formulario de vinculación con la AFP Pensiones y Cesantías Colpatria, el cual se hizo efectivo a partir del 1 de noviembre de 1995 (f° 49 archivo 09, de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); y **iv)** que existió cesión de traslado por fusión con las siguientes entidades: el 29 de septiembre del año 2000, con Horizonte Pensiones y Cesantías y el 1 de enero de 2014, con Porvenir S.A. (f.° 49 archivo 09, carpeta 1ª inst. exp. Digital).

INEFICACIA DEL TRASLADO

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

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

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

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

En ese sentido, precisó dicha Corporación que no puede argüirse que *«existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y*

*suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito» (CSJ SL12136-2014, CSJ SL1467-2021). Igualmente, resaltó que el Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.º del artículo 97, la obligación de las mismas de «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado», haciendo alusión a la Ley 795 de 2003, «Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones», en la cual se recalca en su artículo 21, ese deber **preexistente** de información a cargo de las AFP, en el sentido que la información suministrada tenía como propósito no solo evaluar las mejores opciones del mercado sino también la de «poder tomar decisiones informadas».*

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

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

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

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

Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de

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

Así, para la fecha en la que el accionante se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad –**17 de octubre de 1995**-, la obligación de la AFP se enmarcaba en el primer periodo, según el cual debía entregar información suficiente y transparente que le permitiera elegir «*libre y voluntariamente*» la opción que mejor se ajustara a sus intereses (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019), conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 -posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003-, lo cual implicaba la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

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

Ahora bien, aun cuando en el expediente obra el formulario de solicitud de afiliación de la AFP Colpatria hoy Porvenir S.A. suscrito el **17 de octubre de 1995**, de él solo se advierte la fecha de su diligenciamiento, los datos personales y laborales del accionante, de modo que únicamente da cuenta de una exigencia requerida para el ingreso de un afiliado con la fórmula pre-impresa en la casilla destinada a la firma, sin que del mismo pueda concluirse que dicha AFP cumplió con el deber de suministrar al afiliado una ilustración suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna sobre las implicaciones de abandonar el esquema de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras.

Y es que en este punto debe advertirse que no basta con la suscripción del formulario de afiliación, para darle plena validez al traslado, porque la «[...] firma del

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

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

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

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

En lo que respecta a los **gastos de administración, las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia** y demás emolumentos ordenados devolver por parte de los fondos de pensiones privados, cabe reseñar que la figura jurídica de la ineficacia del traslado, supone que el mismo nunca ocurrió; es decir, debe entenderse que no existió el cambio al sistema privado de pensiones, lo que conduce

a retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, como si el acto jurídico no hubiese existido, como efectos *ex tunc* (desde siempre). Bajo ese horizonte, resulta totalmente válido, que se disponga que las AFP privadas, trasladen a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, gastos de administración, primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, entre otros, con cargo a sus propias utilidades, tal y como lo ha admitido la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, pudiéndose traer a colación la sentencia CSJ SL1467-2021, en la que adoctrinó:

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

Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJ SL2877-2020 y CSJ SL4811-2020). (Subrayadas fuera del texto original).

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

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

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

Cabe agregar, que por vía jurisprudencial se ha aceptado que los fondos de pensiones, también deben devolver a Colpensiones las «*primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos*» (CSJ SL1055-2022, entre muchas otras); como en este caso, ello no fue ordenado por el juez de primer nivel, esta Sala de Decisión, dispondrá su devolución a la Administradora de Pensiones Colpensiones, en virtud a que a favor de esta se está surtiendo el grado jurisdiccional de consulta; lo anterior, teniendo en cuenta que se tratan de dineros del

sistema de seguridad social en pensiones, y que deben ser devueltos en su integridad a la entidad que nuevamente recibe el afiliado.

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

En consecuencia, se confirmará la decisión del *a quo* frente a la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen realizado con fecha de efectividad 1 de noviembre de 1995, al RAIS a través de la AFP Colpatria hoy Porvenir S.A., con todas las consecuencias jurídicas impuestas en primera instancia.

Lo anterior, no genera ningún detrimento ni un desequilibrio para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, dado que, la ineficacia del traslado de régimen del demandante implica, como ya se dijo, la devolución de todos los dineros por él aportados al RAIS más sus rendimientos, frutos e intereses que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de esta de **manera íntegra** a Colpensiones, declaración que trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original (CSJ SL 4911-2019).

PRESCRIPCIÓN

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

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

COSTAS EN PRIMERA INSTANCIA

En cuanto a la condena en costas a Porvenir S.A. y Colpensiones en primera instancia, cabe mencionar que la misma es procedente, toda vez que el numeral 1° del artículo 365 del CGP establece de manera clara que debe ser condenado en costas a la parte vencida en el proceso, luego al resultar dichas entidades vencidas en juicio en tanto que, una tiene el deber de trasladar la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual del actor y la otra recibir los aportes, y demás emolumentos aquí ordenados; además de haber presentado oposición a las pretensiones de la demanda, deben ser condenadas en costas.

Por lo anterior, se revocará el ordinal cuarto de la sentencia apelada, en su lugar se condenará en costas a las demandadas las cuales deberán tasarse por el Juez de primera instancia.

COSTAS

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

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR Y MODIFICAR EL NUMERAL SEGUNDO de la sentencia consultada, proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, únicamente en el sentido de **ORDENAR** a la **ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, a trasladar a COLPENSIONES y esta a su vez a recibir por parte de aquella, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados, y con cargo a sus propios recursos, y los rendimientos con las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, más los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., y demás rubros que posea el accionante en su cuenta de ahorro individual, durante el tiempo en que el demandante estuvo afiliado a estas administradoras. Al momento de cumplirse esta

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

SEGUNDO: REVOCAR el ordinal cuarto de la sentencia apelada, en su lugar se **CONDENA** a la AFP Porvenir S.A. y Colpensiones al reconocimiento y pago de costas procesales, las cuales deberán ser tasadas por el Juez de primera instancia.

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

CUARTO: COSTAS en esta instancia a cargo de Colpensiones.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

AUTO DEL PONENTE:

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



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

República de Colombia



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

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	110013105006201900659-01
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	BLANCA CECILIA MUÑOZ SABOGAL
DEMANDADO	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES

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

SENTENCIA:

ANTECEDENTES

Pretende la señora **Blanca Cecilia Muñoz Sabogal**, se condene a la entidad demandada al reconocimiento y pago del retroactivo pensional desde el 24 de noviembre de 2004, a la reliquidación de la pensión de vejez conforme al IBL de toda la vida laboral, al retroactivo que resulte de la reliquidación de toda la vida laboral, al incremento pensional del 14% por compañero permanente a cargo, al reconocimiento y pago de intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, a la indexación y al pago de costas procesales (fº 3 exp. físico).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fº 3 a 4 exp. físico), señaló en síntesis, que se encuentra pensionada desde el 1 de septiembre de 2005, por parte de Colpensiones; que la pensión le fue reconocida a través de resolución No. 027327 de 2005; que la liquidación de la mesada pensional se obtuvo con el IBL de los últimos 10 años; que cuenta con más de 1,250 semanas cotizadas en toda su vida laboral, sin

que Colpensiones lo tuviera en cuenta al momento de realizar la liquidación de su pensión.

Narró que, convive con su esposo Gustavo Hernández Ariza desde hace 20 años, quien depende actualmente de ella; que en el momento en que se le reconoció la pensión no se tuvo en cuenta el valor del incremento por persona a cargo; que presentó reclamación administrativa ante Colpensiones, quien para la fecha de la presentación de la demanda no había dado respuesta.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Colpensiones contestó (f° 19 a 34 - exp. físico), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los supuestos fácticos en los que estas se fundamentan, aceptó la pensión que actualmente percibe la actora, los parámetros que se tuvieron en cuenta para la liquidación, el número de semanas cotizadas y petición que presentó reclamando la reliquidación de la mesada pensional y reconocimiento del incremento pensional; respecto de los demás hechos dijo no ser cierto el numeral 9 y no constarle los demás.

Propuso como excepciones de fondo, las de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, prescripción, innominada, buena fe y no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 26 de octubre de 2021, resolvió:

PRIMERO: ABSOLVER a COLPENSIONES de las pretensiones de la demanda de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente decisión.

SEGUNDO: COSTAS a cargo de la parte demandante.

Fundamentó su decisión, señalando que se encontraba demostrado que la entidad demandada reconoció a favor de la demandante una pensión de vejez a partir del 1 de septiembre del año 2005, de conformidad con el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, en virtud del régimen de transición regulado por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en cuantía inicial de \$486.779; que la liquidación se había basado en 1,279 semanas cotizadas con un IBC de \$540.866 al cual se le aplicó una tasa de remplazo equivalente al 90%.

Sostuvo que, la pensión reconocida a la demandante fue reliquidada mediante resolución 206 del día 10 de enero de 2007, en donde se ordenó su reconocimiento a partir del día 24 de noviembre de 2004, en cuantía inicial de \$461.402; que la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral mediante sentencias SL5550-2014 y SL58531-2015, ha dicho que en materia de IBL para las personas beneficiarias del régimen de transición debía distinguirse entre las personas que a partir del 1 de abril de 1994, les faltare menos de 10 años para adquirir el derecho, caso en el cual aplicaba el inciso 3, artículo 36 de la ley 100 de 1993, y quienes para la misma fecha les faltare 10 años o más, el IBL se determinaría de conformidad con lo previsto en el artículo 21 de la ley citada, es decir, con base en lo cotizado en los últimos 10 años o con lo cotizado en toda la vida laboral, siempre y cuando el afiliado haya cotizado 1.250 semanas.

Indicó que, verificadas las semanas cotizadas por la demandante se tenía que cumplía con las 1.250 semanas establecidas en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, que al proceder a liquidar la pensión conforme a lo señalado en dicha normatividad arrojó una mesada pensional de \$379.934, monto inferior a la mesada que cálculo el ISS en la resolución 27327 de 2005, por lo cual no se accedía a dicha petición.

En lo correspondiente al incremento por persona a cargo, sostuvo que de conformidad con lo establecido por la Corte Constitucional en sentencia SU 140- 2019, los incrementos pensionales regulados por el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, desaparecieron para todas aquellas personas que adquirieron su derecho a pensionarse con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993; teniendo en cuenta que a la accionante le fue reconocida la pensión de vejez a partir del 24 de noviembre de 2004, no le asistía derecho a reclamar los incrementos solicitados.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados, procede esta Sala revisar la decisión en grado jurisdiccional de consulta a favor del demandante, acorde con el artículo 69 del CPTSS.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los antecedentes dados, procede esta Sala a determinar lo siguiente: *i)* si le asiste derecho a la demandante a que le sea reliquidada su mesada pensional teniendo en cuenta lo cotizado en toda su vida laboral; *ii)* establecer si tiene

derecho al incremento por compañero permanente a cargo consagrado en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990.

En el presente asunto no es materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: **i)** que mediante resolución No. 027327 del 26 de agosto de 2005, el ISS le reconoció a la señora Blanca Cecilia Muñoz, pensión de vejez a partir del 1 de septiembre de 2005, en cuantía de \$486.779, de conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo 049 de 1990, al ser beneficiaria del régimen de transición previsto en el art. 36 de la Ley 100 de 1993; **ii)** que mediante resolución 000206 del 10 de enero de 2007, Colpensiones modificó la resolución No. 027327 del 26 de agosto de 2005, estableciendo como fecha de causación de la prestación a partir del 24 de noviembre de 2004, en cuantía de \$461.402; **iii)** que la accionante el día 10 de julio de 2019, solicitó nuevamente la reliquidación de su pensión de vejez, petición que fue negada por medio de la resolución SUB 278643 del 9 de octubre de 2019; y **iv)** que la accionante acredita un total de 1,278 semanas cotizadas en toda su vida laboral (f° 18 – CD exp. Administrativo).

Reliquidación mesada pensional

Establece el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993: *«El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE».*

De otra parte, el artículo 21 ibídem, refiere:

ARTÍCULO 21. INGRESO BASE DE LIQUIDACIÓN. *Se entiende por ingreso base para liquidar las pensiones previstas en esta ley, el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, o en todo el tiempo si este fuere inferior para el caso de las pensiones de invalidez o sobrevivencia, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.*

Cuando el promedio del ingreso base, ajustado por inflación, calculado sobre los ingresos de toda la vida laboral del trabajador, resulte superior al previsto en el inciso anterior, el trabajador podrá optar por este sistema, siempre y cuando haya cotizado 1250 semanas como mínimo.

Teniendo en cuenta que la demandante causó su derecho pensional el 24 de noviembre de 2004, la norma para determinar el IBL de su mesada pensional

corresponde a lo dispuesto en el inciso segundo de la última de las disposiciones transcritas, al haber acreditado 1.278 semanas de cotización.

Verificado el contenido de lo señalado en la resolución SUB 278643 del 9 de octubre de 2019, allí Colpensiones indicó que para liquidar la mesada pensional en la resolución No. 027327 del 26 de agosto de 2005, tuvo en cuenta un total de 1.279 semanas de cotización, sobre un IBL de \$540.866 y una tasa de remplazo del 90%; que al liquidarse de nuevo la pensión con el promedio de lo cotizado en los 10 últimos años y en toda la vida laboral, resultaba más favorable el promedio de lo devengado en los 10 últimos años; sin embargo, el valor de la mesada disminuía en comparación con lo que venía recibiendo la demandante, motivo por el cual no se accedía a la petición.

A su turno, el Juez de primera instancia procedió a realizar la liquidación correspondiente considerando que en efecto los valores arrojados eran inferiores a los percibidos; en consideración a ello, la Sala procedió a realizar las operaciones matemáticas de rigor bajo los parámetros establecidos en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, esto es, con toda la vida laboral y los últimos 10 años, arrojando los siguientes valores:

Días cotizados	8976	Salarios por días cotizados	\$3.856.113.994,85
Semanas cotizadas	1282,29	Valor del Ibl Toda la Vida	\$ 429.603,00
		Valor del IBL 10 últimos años	\$ 511.894,00
		Valor de la tasa de remplazo	90,00%
		Valor de la mesada pensional	\$ 460.705,00

Año	Desde	Hasta	Incremento	Mesada Reliquidada	Valor mesada pagada	Diferencia
2004	24/11/2004	31/12/2004		\$ 460.705	\$ 461.402	-\$ 697
2005	01/01/2005	31/12/2005	5,50%	\$ 486.044	\$ 486.779	-\$ 735
2006	01/01/2006	31/12/2006	4,85%	\$ 509.617	\$ 510.388	-\$ 771
2007	01/01/2007	31/12/2007	4,48%	\$ 532.448	\$ 533.253	-\$ 805
2008	01/01/2008	31/12/2008	5,69%	\$ 562.744	\$ 563.595	-\$ 851
2009	01/01/2009	31/12/2009	7,67%	\$ 605.906	\$ 606.823	-\$ 917
2010	01/01/2010	31/12/2010	2,00%	\$ 618.024	\$ 618.959	-\$ 935
2011	01/01/2011	31/12/2011	3,17%	\$ 637.615	\$ 638.580	-\$ 965
2012	01/01/2012	31/12/2012	3,73%	\$ 661.398	\$ 662.399	-\$ 1.001
2013	01/01/2013	31/12/2013	2,44%	\$ 677.536	\$ 678.562	-\$ 1.026
2014	01/01/2014	31/12/2014	1,94%	\$ 690.680	\$ 691.726	-\$ 1.046
2015	01/01/2015	31/12/2015	3,66%	\$ 715.959	\$ 717.043	-\$ 1.084
2016	01/01/2016	31/12/2016	6,77%	\$ 764.429	\$ 765.587	-\$ 1.158
2017	01/01/2017	31/12/2017	5,75%	\$ 808.384	\$ 809.608	-\$ 1.224
2018	01/01/2018	31/12/2018	4,09%	\$ 841.447	\$ 842.721	-\$ 1.274
2019	01/01/2019	31/12/2019	3,18%	\$ 868.205	\$ 869.520	-\$ 1.315
2020	01/01/2020	31/12/2020	3,80%	\$ 901.197	\$ 902.562	-\$ 1.365
2021	01/01/2021	31/12/2021	1,61%	\$ 915.706	\$ 917.093	-\$ 1.387
2022	01/01/2022	31/12/2022	5,62%	\$ 1.000.000	\$ 1.000.000	\$ 0
2023	01/01/2023	31/07/2023	13,12%	\$ 1.160.000	\$ 1.160.000	\$ 0

Como bien se puede apreciar del anterior cuadro, le asiste razón tanto a Colpensiones como el fallador de primera instancia en cuanto a que la liquidación realizada por la entidad demandada se encontraba ajustada a derecho, al resultarle más favorable para la demandante el IBL de lo cotizado en los 10 últimos años, de manera que, no hay lugar a deba ser modificada la mesada pensional que actualmente percibe la señora Blanca Cecilia con el IBL de lo cotizado en toda su vida laboral.

INCREMENTO PENSIONAL POR PERSONA A CARGO

El tema de los incrementos pensionales por personas a cargo estipulados en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, ya fue definido por la Corte Constitucional en sentencia SU-140-2019, criterio que fue acogido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia CSJ SL2061-2021, donde sostuvo:

3. Incrementos por personas a cargo

En relación con los incrementos pensionales por personas a cargo de que trata el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por Decreto 758 del mismo año, basta decir que esa norma 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 CN, modificado por el Acto Legislativo 01 de 2005, tal como lo sostuvo la Corte Constitucional en sentencia CC SU-140-2019:

[...]

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.

De lo expuesto, obvio resulta que la reclamación es improcedente y, por tanto, se absolverá de ella a la demandada.

Dicho criterio jurisprudencial, es plenamente aplicable al asunto bajo análisis, por tratarse de caso de similares contornos, el cual se comparte por esta Sala de Decisión en su integridad; por lo tanto, se considera que los incrementos por personas a cargo regulados en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, solo aplican para quienes adquirieron el derecho o reunieron los requisitos de pensión con anterioridad al 1° de abril de 1994, data en que empezó a regir la Ley 100 de 1993, lo que implica que los afiliados que causaron su derecho con posterioridad a esa data no son beneficiarios de esa prerrogativa.

Conforme lo anterior, y como quiera que es un hecho indiscutido que la demandante causó su derecho pensional a partir del 24 de noviembre de 2004, esto es, en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1 de abril de 1994), no tenía adquirido el derecho a los incrementos pensionales y, por ende, no hay lugar a acceder a ello.

Sin más consideraciones, se **confirmará** la decisión de primera instancia.

COSTAS

Sin costas en esta instancia por tratarse del grado jurisdiccional consulta.

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

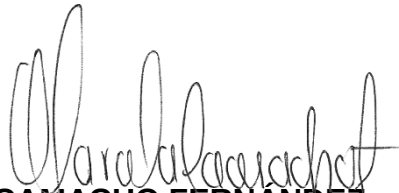
RESUELVE:

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

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado


DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada


ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

República de Colombia



Libertad y Orden

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

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	110013105007202000205-01
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	FABIO BUSTOS CÁRDENAS
DEMANDADO	- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES - ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. - ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

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

SENTENCIA:

ANTECEDENTES

Pretende el señor **Fabio Bustos Cárdenas** se **declare** la ineficacia de la afiliación realizada al fondo de pensiones y cesantías Santander hoy Protección S.A. el día 26 de mayo de 2003, se **declare** la ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, se **declare** la ineficacia de las afiliaciones realizadas con posterioridad al traslado inicial de régimen.

Como consecuencia, se **ordene** a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones los aportes que se encuentran en la cuenta de ahorro individual del afiliado junto con sus rendimientos e intereses, se **ordene** a Colpensiones a recibir e incluir en su historia laboral las semanas que corresponden a los periodos de tiempo que fueron cotizados

en el RAIS, se **condene** al reconocimiento y pago de todo lo que resulte probado ultra y extra petita (Exp. Digital- carpeta 1 instancia – PDF 05 - pág. 5).

Como hechos fundamento de las pretensiones (Exp. Digital- carpeta 1 instancia – PDF 05 - pág. 6-8), señaló en síntesis, que nació el 20 de diciembre de 1957; que en el año 1977, se afilió al régimen de prima media administrado por el ISS hoy Colpensiones cotizando un total de 992 semanas; que mediante afiliación llevada a cabo en el mes de mayo de 2003, a la AFP Santander hoy Protección S.A. se trasladó de régimen pensional.

Narró que, en el año 2003, mientras estaba afiliado al ISS lo visitaron a su lugar de trabajo asesores de la AFP Santander para brindar una charla informativa relativa a sus cesantías, sin que en ningún momento se hablará sobre aspectos pensionales; sin embargo, finalizada la reunión suscribió un formulario de afiliación bajo la creencia de estar afiliado únicamente al fondo de cesantías.

Recalcó que, los asesores de la AFP Santander nunca le brindaron información alguna sobre las características, condiciones, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales existentes, así como tampoco le informaron sobre la forma en la cual sería liquidado el monto de la mesada pensional en uno u otro régimen; tampoco se le dijo nada sobre las consecuencias legales de su traslado, las modalidades de pensión en el RAIS, los gastos de administración, la negociación del bono pensional, el valor del ahorro requerido para financiar la pensión equivalente a un salario mínimo o uno superior, entre otros aspectos.

Sostuvo que, en el año 2005, se trasladó a la AFP Porvenir S.A. por una visita que realizó una asesora de la empresa Multidimensionales, quien le informó sobre la conveniencia de trasladarse a dicho fondo, prometiéndole una pensión antes de cumplir 60 años de edad y una mesada pensional superior a la ofrecida por la AFP Santander, tampoco le informó sobre las características, condiciones, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales existentes.

Agregó que, el día 1 de abril de 2019, presentó solicitud ante la AFP Protección para que se llevará a cabo la nulidad y/o ineficacia del traslado, igualmente, solicitó soporte de la información suministrada el día de la afiliación e información de las cotizaciones no reportadas entre los años 2003 a 2005, radicación que quedó bajo el oficio CAS-4230911-POS3X2 de fecha 5 de mayo de 2019, frente a la cual la AFP dio respuesta negativa.

El día 1 de abril de 2019, solicitó también ante la AFP Porvenir la nulidad y/o ineficacia del traslado, quien también respondió de manera negativa, a su vez realizó una proyección del monto de la mesada pensional en uno y otro régimen, el 10 de octubre de 2019, le pidió a Colpensiones se aceptará su traslado de régimen, contestando dicha entidad que no procedía anular la afiliación por cuanto su traslado se había realizado en ejercicio del derecho de libre elección de régimen.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** contestó (Exp. Digital – carpeta 1 instancia – PDF 14), oponiéndose a las pretensiones de la demanda, respecto de los hechos aceptó fecha de nacimiento del demandante, fecha de afiliación al régimen de prima media, aportes realizados por el actor en dicho régimen, fecha, argumentos y respuesta de la petición radicada por el señor Fabio Bustos a dicha entidad, en relación de los demás hechos dijo no constarle.

Como excepciones de mérito, propuso las de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica.

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** contestó (Exp. Digital – carpeta 1 instancia – PDF 17), oponiéndose también a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó fecha de nacimiento del actor, fecha de traslado de régimen pensional, petición de traslado y respuesta. En cuanto a los demás hechos señaló no constarle los numerales 2, 3, 9, 19, 20, 25 a 29 y no ser ciertos los demás.

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

Por su parte, La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** contestó (Exp. Digital – carpeta 1 instancia – PDF 18), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó fecha de nacimiento del demandante, petición y respuesta, en relación a los demás hechos dijo no ser ciertos los numerales 3, 19 y 20, y no constarle los demás. En su defensa propuso como excepciones, prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 31 de agosto de 2022 (exp. Digital – carpeta 1 instancia – PDF 28 –archivo 27), resolvió:

PRIMERO: Declarar la ineficacia de la afiliación y traslado realizado por el señor Fabio Bustos Cárdenas con la AFP Santander, hoy Protección del 26 de mayo del 2003, contenida en el formulario No. 6264226; igualmente con la AFP Horizonte, hoy Porvenir del 15 de julio del 2005, contenida en el formulario No. 0043745.

SEGUNDO: ORDENAR a Porvenir a trasladar la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual de la que es titular el señor Fabio Bustos Cárdenas, 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 Protección y Porvenir S.A. a devolver a Colpensiones, el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Al momento de cumplirse esta orden, para lo cual se le concede al fondo demandado el termino de treinta (30) días, contados a partir del auto de obediencia al Superior, deberán presentar un informe debidamente discriminadamente con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes, descuentos objeto de devolución, su indexación y demás información relevante que los justifiquen y que prevengan controversias posteriores a la ejecutoria de esta sentencia.

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

QUINTO: Se declaran no probadas las excepciones presentadas por la Administradora Colombiana De Pensiones-**Colpensiones**, la Administradora de Pensiones y Cesantías –**Porvenir S.A.** y la Administradora de Pensiones y Cesantías –**Protección 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. se excluye a Colpensiones.

Fundamentó su decisión, en que en las sentencias CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, y CSJ SL, 9 sep. 2008, rad 31314, se dieron unos parámetros sobre el tema

bajo estudio, posiciones que venían siendo reiteradas hasta la fecha, que en dichas providencias se expresó que la información dada al potencial afiliado debía comprender todas las etapas del proceso desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Expuso que, en armonía con lo anterior, el Decreto 663 de 1993, aplicable a las AFP desde su creación en su artículo 97 consagraba la obligación de estas de suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado y poder tomar decisiones informadas.

Adujo que, las AFP desde su creación tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria mediante la entrega de información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles del mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses, pues no se trataba por tanto de una carrera de los promotores de las AFP por capturar a los ciudadanos incautos mediante habilidades y destrezas en el ofrecimiento de los servicios, sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro. La actividad de explotación económica del servicio de la seguridad social debía estar precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público. Por tanto, la incursión en el mercado de las AFP no fue totalmente libre, pues aunque la ley les permitía lucrarse de su actividad, correlativamente les imponía un deber de servicio público, acorde a la inmensa responsabilidad social y empresarial que les asistía de dar a conocer a sus potenciales usuarios la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado.

Acotó que, la información necesaria hacía referencia a la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones. Por lo tanto, implicaba un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado.

Sostuvo que, en el presente caso el señor Fabio Cárdenas contaba con 36 años y 3 meses de edad al 1 de abril de 1994, que para dicha data acreditaba un total de

290, 71 semanas cotizadas al ISS, por lo tanto, no era beneficiario del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Adujo que, el actor había señalado que no recibió la información debida cuando se afilió y trasladó del régimen pensional con Santander hoy Protección S.A., por lo que se tenía que se estaba bajo unos supuestos negativos que debían valorarse de conformidad con el artículo 167 del CGP, procediendo a verificar el caudal probatorio arrimado al proceso, encontrando el formulario de afiliación y traslado al RAIS de fecha 26 de mayo de 2003, firmado por el demandante, formulario de afiliación a Porvenir S.A. donde se mencionaba su información personal y nombre de la asesora, posteriormente, el *a quo* hizo referencia a las declaraciones de parte rendidas por las partes.

Concluyó que, no existía prueba que conllevará a la convicción y certeza de que los fondos privados de pensiones al momento del traslado del demandante le hubieren suministrado información veraz, clara, completa, comprensible y detallada, respecto de las consecuencias que podría acarrearle a su futuro pensional la elección de trasladarse y vincularse a los mismos, situación que constituía en una flagrante contusión a su deber de información en los términos legales y jurisprudencialmente relacionados.

Agregó que, no se había aportado ninguna documentación distinta al formulario de afiliación a los fondos privados, en la cual se detallará la información que se le brindó al demandante al momento de su vinculación a cada uno de ellos, mucho menos la información académica o de formación en temas de seguridad social en pensiones de los asesores, que en los interrogatorios de parte rendidos por los representantes legales de las entidades demandadas se había podido apreciar que en relación al detalle de cómo se efectuó la afiliación a dichos fondos, no se había conservado ninguna prueba.

Bajo tales argumentos declaró la ineficacia del traslado solicitada.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES impetró recurso de apelación con la finalidad de que sea revocada la decisión de primera instancia, arguyó que no se evidenciaba la presencia de algún vicio del consentimiento consagrado en el artículo 1740 del Código Civil, esto es, error, fuera o dolo.

Enfatizó que, se trataba de un error sobre un punto de derecho que no tiene fuerza legal para repercutir sobre la ineficacia jurídica del acto jurídico celebrado entre el demandante y los fondos privados, que es aquel que afecta la validez del acto, aunado a ello, existió una indebida interpretación del artículo 1604 del Código Civil en relación al régimen de traslado, la mala interpretación de dicho artículo hacía que la responsabilidad estuviera en cabeza de los fondos privados, sin que se le exigiera al demandante allegar soporte alguno que demostrará que en efecto se encuentra en presencia de algún vicio del consentimiento al momento de afiliarse al RAIS, pero sí obliga que toda carga probatoria recaiga exclusivamente en el fondo privado, sin que exista menor esfuerzo procesal por parte del actor.

De otra parte, resaltó las obligaciones que existen por parte de los afiliados al sistema general de pensiones, obligaciones que encuentran establecidas en el Decreto 2241 de 2010, en su artículo 4, las cuales son: **i)** informarse adecuadamente del sistema general de pensiones, y **ii)** conocer y aprovechar los mecanismos de información o capacitación para conocer el funcionamiento del sistema general de pensiones. De acuerdo con dicha normatividad, existen unos deberes mínimos en cabeza de los afiliados, destacándose en este caso en particular que el silencio del actor, se entiende que su decisión es consiente de permanecer en el sistema de ahorro individual.

Trajo a colación la sentencia con radicado No. 445 - 2018 del 30 de julio de 2020, proferida por el Magistrado David Correa Steer, en la que hizo referencia a la prohibición legal que existe en este tipo de procesos, señalando que no es posible, ni viable que el demandante ahora pretenda una nulidad o ineficacia jurídica cuando observó que sus aspiraciones económicas no estarían bajo las condiciones que se dieron al momento en que firmó el formulario de afiliación.

Recalcó que, no comparte la decisión del *a quo* frente al principio de la descapitalización del sistema pensional, pues en la actualidad la decisión tomada por los despachos judiciales de declararse la ineficacia jurídica lleva directamente al principio de la sostenibilidad financiera consagrada en el artículo 48 de la Constitución Política y del Acto Legislativo 01 de 2005, siendo una situación caótica frente al régimen de prima media, principio del que se trata en las sentencias C 1024 - 2004, SU 062 - 2010, SU 130 - 2013, donde la Corte Constitucional en materia de traslado indicó que nadie puede resultar subsidiado por costa de los recursos ahorrados de otros afiliados, dado que el régimen de prima con prestación definida se

descapitalizaría y la declaración injustificada afecta directamente la sostenibilidad financiera y pone en peligro los derechos fundamentales a la seguridad social de los demás afiliados, tal y como fue citado textualmente en sentencia T 489 - 2010.

Expresó que, no se debió declarar la ineficacia, pues en últimas sería el patrimonio público el cual entraría a pagar una pensión si el demandante la llegará a percibir dado que su ahorro lo hizo de manera individual en el RAIS y no ayudo a financiar las demás pensiones de los afiliados al RPM y su ahorro no sería suficiente para alcanzar su propia pensión.

Adujó que, tampoco comparte la condena en costas, frente a lo cual debía tener en cuenta lo dispuesto en el inciso 4 del artículo 48 de la Constitución Política en la cual refiere que no se pueden destinar los recursos de la entidad para fines diferentes a ella, dado que el pago de costas y agencias en derecho sería contrario a esta perspectiva constitucional, toda vez que Colpensiones no participa en estos actos en que se declara nulo e ineficaz, sino que es un tercero de buena fe.

POVENIR S.A. manifestó su inconformidad con la sentencia, señalando que si bien existe un precedente jurisprudencial el mismo no puede aplicarse de manera homogénea e indiscriminada a todos los procesos donde se solicita la nulidad o ineficacia del traslado, debe existir una similitud en las condiciones fácticas de cada caso, situación que para la entidad no se daba en el presente caso, pues el demandante resolvió cambiarse de régimen de manera voluntaria sin presiones e informada, todo ello en el año 2005.

Sostuvo que, debía tener en cuenta que cualquier tipo de condición, característica, venta o desventaja del régimen individual se encuentra establecida en la Ley 100 de 1993, por lo que el accionante pudo validar en cualquier momento el contenido de la información otorgada por parte de la entidad, de igual manera, debía considerarse que todo consumidor financiero debe actuar con diligencia, lo cual suponía por lo menos obtener información suficiente del acto jurídico que estaba adoptando, lo cual se encontraba determinado en normas legales.

Aunado a ello, el actuar de Porvenir había sido de buena fe, pues todas las actuaciones surtieron en virtud y consonancia con los presupuestos legales vigentes al momento de efectuarse el traslado horizontal, no existiendo razones fácticas ni jurídicas que determinen la declaratoria de ineficacia, por lo anterior, recordó que antes de adoptarse la decisión el promotor del proceso recibió la información suficiente y

veraz del traslado por parte de Santander, sin que en ningún momento fuera tachados de falsedad, además de encontrarse acreditados por la Superintendencia Financiera, también debía observarse que el señor Fabio Bustos realizó actos de relacionamiento en el entendido de que firmó pensiones voluntarias, firmó una constancia de entrevista en el año 2005, suscribió el perfil de inversionista, lo que permitía colegir el deseo y la voluntad de pertenecer al RAIS.

En lo que respecta al traslado de las sumas correspondientes a los gastos de administración y seguros previsionales, sostuvo que, estas sumas no están llamadas a financiar la pensión, sino que las mismas cubrían cualquier riesgo de invalidez o muerte, en ese orden de ideas, la entidad no debía restituir el concepto de rendimientos y otro tipo de cotizaciones, en cuanto a la devolución de esos emolumentos indexados se incurría en una doble condena, debiéndose analizar el concepto emitido por la Superintendencia Financiera en donde ha señalado que un traslado de recursos pensionales debe surtir de conformidad con la norma prevista para ello, esto es, el artículo 7 del Decreto 3995 de 2008.

Por último, adujo que respecto de la condena por costas y agencias en derecho debe desestimarse por cuanto el demandante suscribió de manera libre y voluntaria los formularios de afiliación haciendo actos de relacionamiento, por lo que no puede predicarse la ineficacia del acto jurídico, sino la validez del mismo, en ese sentido no debe ser condenada en costas judiciales.

CONSIDERACIONES

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

PROBLEMA JURÍDICO

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

En el presente asunto no es materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: *i)* que el señor Fabio Bustos Cárdenas nació el 20 de diciembre de 1957 (f° 16, archivo 05 de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); *ii)* que estuvo vinculado al ISS entre el 17 de enero de 1977, al 28 de febrero de 2003 (f° 15 archivo 15, de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); *iii)* que el **26 de mayo de 2003**, se trasladó al RAIS mediante la suscripción de un formulario de vinculación con Santander, el cual se hizo efectivo a partir del 31 de mayo de 2005 (f° 31 archivo 17, de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); y *iv)* que realizó traslados horizontales a través de varios fondos privados, así: el 29 de abril de 2005, con Pensiones y Cesantías Horizonte y el 29 de enero de 2014 con la AFP Porvenir S.A. (f.º 87 archivo 18, carpeta 1ª inst. exp. Digital).

INEFICACIA DEL TRASLADO

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

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

experticia y control de la operación tienen una clara preeminencia respecto al afiliado lego, a tal punto que la legislación considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros (artículo 11, literal b), Ley 1328 de 2009) (CSJ SL1452-2019).

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

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

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

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

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

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

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

Así, para la fecha en la que el accionante se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad **–26 de mayo de 2003–**, la obligación de la AFP se enmarcaba en el primer periodo, según el cual debía entregar información suficiente y transparente que le permitiera elegir «*libre y voluntariamente*» la opción que mejor se ajustara a sus intereses (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019), conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 -posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003-, lo cual implicaba la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

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

Ahora bien, aun cuando en el expediente obra el formulario de solicitud de afiliación de la AFP Santander hoy Protección S.A. suscrito el **26 de mayo de 2003**, de él solo se advierte la fecha de su diligenciamiento, los datos personales y laborales del accionante, de modo que únicamente da cuenta de una exigencia requerida para el ingreso de un afiliado con la fórmula pre-impresa en la casilla destinada a la firma, sin que del mismo pueda concluirse que dicha AFP cumplió con el deber de suministrar al afiliado una ilustración suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna sobre las implicaciones de abandonar el esquema de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras.

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

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

En consonancia con lo antes señalado, debe resaltar la Sala que, desde la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, se ha sostenido que, una vez acreditada

la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual, el acto jurídico no se torna en eficaz por los cambios que los afiliados hagan entre administradoras privadas o **porque no hayan expresado inconformidad alguna con el sistema habiendo permanecido en el mismo**, lo que ha sido reiterado entre otras en las providencias CSJ SL2877-2020, CSJ SL1942-2021, CSJ SL1949-2021 y CSJ SL1623-2022.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adocinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJ SL2877-2020 y CSJ SL4811-2020). (Subrayadas fuera del texto original).

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

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

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

Cabe agregar, que por vía jurisprudencial se ha aceptado que los fondos de pensiones también deben devolver a Colpensiones las «*primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos*» (CSJ SL1055-2022, entre muchas otras); tal y como fue ordenado por el a quo el ordinal tercero de la decisión de primer grado; lo anterior, teniendo en cuenta que se tratan de dineros del sistema de seguridad social en pensiones, y que deben ser devueltos en su integridad a la entidad que nuevamente recibe el afiliado.

Por lo tanto, se hace necesario Modificar y Adicionar el numeral tercero de la sentencia de primer grado, únicamente en el sentido de **ORDENAR** a las AFP Protección S.A. y Porvenir S.A., a pagar con su propio patrimonio, los rendimientos con las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, más los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., y demás rubros que posea el accionante en su cuenta de ahorro individual, durante el tiempo en que el demandante estuvo afiliado a estas administradoras, toda vez que el juez omitió ordenar dicha parte en su decisión, como lo dispone la sentencia en cita, pues como se dijo, estos hacen parte de la cuenta del demandante y con ellos es claro, que habrá de financiarse las prestaciones a que haya lugar por parte de Colpensiones.

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

declaración que trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original (CSJ SL 4911-2019).

PRESCRIPCIÓN

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

COSTAS EN PRIMERA INSTANCIA

En cuanto a la condena en costas a Porvenir S.A. y Colpensiones en primera instancia, cabe mencionar que la misma es procedente, toda vez que el numeral 1° del artículo 365 del CGP establece de manera clara que debe ser condenado en costas a la parte vencida en el proceso, luego al resultar dichas entidades vencidas en juicio en tanto que, una tiene el deber de trasladar la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual del actor y la otra recibir los aportes y demás emolumentos aquí ordenados; además de haber presentado oposición a las pretensiones de la demanda, deben ser condenadas en costas.

COSTAS

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

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

RESUELVE:

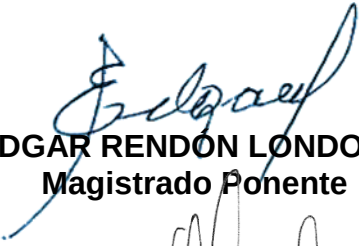
PRIMERO: ADICIONAR Y MODIFICAR EL NUMERAL TERCERO de la sentencia consultada, proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, únicamente en el sentido de **ORDENAR** a las AFP Protección S.A. y Porvenir S.A., a pagar con su propio patrimonio, los rendimientos con las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, más los frutos e intereses como lo

dispone el artículo 1746 del C.C., y demás rubros que posea el accionante en su cuenta de ahorro individual, durante el tiempo en que el demandante estuvo afiliado a estas administradoras. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada


ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

AUTO DEL PONENTE:

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


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

República de Colombia



Libertad y Orden

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

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	110013105009202100002-01
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	MARÍA NELA ORELLANOS CAMACHO
DEMANDADO	- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES - ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

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

SENTENCIA:

ANTECEDENTES

Pretende la señora **María Nela Orellanos Camacho** se **declare** la nulidad del traslado y afiliación del régimen de prima media al de ahorro individual, administrado por Protección S.A. En consecuencia, se **ordene** a dicho fondo a trasladar a Colpensiones todas las cotizaciones y rendimientos de la cuenta individual de la demandante; que se **ordene** a Colpensiones a recibir las cotizaciones y rendimientos; que se **condene** a Protección S.A. a pagar gastos y costas del presente proceso, se **declare** y reconozcan a su favor otro derecho diferente a los pretendidos en la demanda, en uso de las facultades ultra y extra petita (fº 16-17 – archivo 01- carpeta 1 instancia- exp. digital).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fº 16 – archivo 01- carpeta 1 instancia- exp. digital), señaló en síntesis, que nació el 4 de julio de 1964; que en el año 1995, se vinculó al sistema general de pensiones y actualmente cuenta con 1.200 semanas cotizadas, que se afilió a la RAIS en el año 1996 con la AFP Protección S.A.

Sostuvo que, la persona que le suministró la información para el traslado fue una simple asesora comercial sin conocimiento, ni asesoría en seguridad social; que al momento del traslado nunca le informaron de las ventajas y desventajas que le traería a su futuro pensional; que jamás se le realizó una proyección de su mesada pensional antes de la vinculación al fondo privado; que le indicaron que el ISS se acabaría y que como consecuencia la única opción era vincularse al fondo privado para recuperar el bono pensional.

Agregó que, mediante radicado 2020_7358994, solicitó ante Colpensiones el traslado de régimen, entidad que mediante oficio del 30 de julio de 2020, argumentó que no era procedente toda vez que se encontraba a menos de 10 años para pensionarse.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** contestó (f° 122 – archivo 12- carpeta 1 instancia- exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda, respecto de los hechos aceptó fecha de nacimiento de la demandante, petición y respuesta.

Como excepciones de mérito, propuso las 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 (Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política), buena fe, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, improcedencia de declaratoria de ineficacia de afiliación en los casos de pensionados en el RAIS, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y la innominada o genérica.

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** contestó (f° 1 – archivo 11- carpeta 1 instancia- exp. digital), oponiéndose también a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó fecha de nacimiento de la actora y fecha de afiliación a dicho fondo, respecto de los demás hechos señaló no constarle los numerales 2, 4, 11 y 12 y no ser ciertos los demás.

En su defensa propuso como excepciones, las de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua a 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 provisional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y la innominada o genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 7 de septiembre de 2022 (archivo 22- carpeta 1 instancia- exp. digital), resolvió:

PRIMERO. DECLARAR la ineficacia del traslado que realizó la demandante, María Nela Orellanos Camacho, entre el RPM administrado por el Instituto de Seguros Sociales – hoy Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones - al RAIS administrado por Protección S.A., el 26 de enero de 1996.

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

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

CUARTO. DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las demandadas en sus contestaciones.

QUINTO. COSTAS. Lo serán a cargo de Protección S.A. Tásense por Secretaría. Fíjense como agencias en derecho la suma correspondiente a un (01) SMLMV de conformidad con lo indicado en la parte motiva.

Fundamentó su decisión, en que la Corte Suprema de Justicia en su Sala Laboral ha explicado que el deber de información a cargo de las AFP es un deber exigible desde su creación, que con el paso del tiempo ese deber de información se ha consagrado cada vez con mayor exigencia y ha identificado tres periodos conforme a las normas que han regulado el tema, así: **i)** el de 1993 hasta el 2009, **ii)** del 2009 al 2014, y **iii)** el último del 2014, en adelante.

Enfatizó que, en sentencia SL2209-2021, la Corte señaló que no existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que pueda tener respecto de sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con la simple expresión genérica, de allí que desde el inicio correspondiera a las AFP informar clara y suficientemente los efectos que acarrearía el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese traslado.

Arguyó que, en armonía de lo anterior, el Decreto 663 de 1996, era aplicable a las AFP desde su creación, en donde consagra la obligación que tenían de suministrarle a los usuarios información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realiza, de suerte que les permitiera a través de elementos de juicio claros y objetivos escoger las mejores opciones del mercado.

Expuso que, analizado el presente asunto se tenía que si bien era cierto existía una reinducción que le fue realizada a la demandante; sin embargo, dicha información se realizó con posterioridad a la afiliación, por lo que, conforme a las reglas señaladas por la Corte Suprema de Justicia, esa información debió haberse hecho al momento del traslado de régimen

Al estudiar el caso en concreto, consideró la *a quo* que del reporte de semanas cotizadas a pensiones expedido por Colpensiones la señora María Nela Orellanos había estado afiliada y realizando cotizaciones al RPM, incluso antes de la creación del sistema general de pensiones, registrando un total de 117,57 semanas, igualmente había evidenciado que el 26 de enero de 1996, se trasladó del RPM al RAIS a través de la AFP Colmena S.A. según formulario de afiliación, advirtiendo que desde su vinculación y traslado inicial la demandante hizo constar que la selección del RAIS la realizó de forma libre, espontánea y sin presiones, lo cual había sido ratificado en el interrogatorio de parte.

No obstante, adujo que las pruebas aportadas no permitían establecer que Protección S.A. al momento del tránsito al RAIS, le hubiere indicado a la actora las características ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado; bajo tales argumentos debía declarar ineficaz el traslado de régimen pensional.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES impetró recurso de apelación, señalando que no le asiste derecho alguno a la demandante, ya que no logró demostrar con suficiencia lo ocurrido, que de ningún modo se había logrado demostrar que la afiliación al RAIS adoleciera de algún tipo de consentimiento, no se había observado una persecución palpable y mucho menos un engaño, asimismo, se tenía que conforme a los literales b) y e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la ley 797 de 2003, la selección de uno o cualquiera de los regímenes pensionales es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado.

Indicó que, la libertad de escogencia en el régimen pensional según sentencia C 1024 – 2004 es un derecho de rango legal y no de origen constitucional, su regulación se encuentra en cabeza del legislador, siendo su deseo el de otorgar la facultad a cada afiliado de escoger el régimen de su conveniencia, adicionalmente el artículo 2 de la ley 797 de 2003, determinó la posibilidad de que el afiliado cambie de régimen una vez cada 5 años contado a partir de la selección inicial; sin embargo, por razones financieras y de estabilidad del sistema pensional, esa misma norma limitó ese derecho para cuando el afiliado le faltare 10 años o menos para alcanzar la edad de pensión, salvo para los afiliados que tuvieran 15 años cotizados al sistema a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones, para quienes se les conservó el derecho de regresar el régimen de prima media en cualquier momento

Recalcó que, en el caso *sub examine* se extraía que la señora María Nela presentó solicitud ante Colpensiones de traslado de régimen el 30 de julio de 2020 y conforme a su fecha de nacimiento tenía 56 años de edad, encontrándose inmersa en la prohibición legal de migrar de un régimen pensional a otro, limitación que se justificaba en las adiciones efectuadas mediante el Acto legislativo 01 de 2005 y el artículo 48 de la Constitución Política, en donde se instauró el principio de sostenibilidad financiera del sistema.

Añadió que, en el presente proceso no estaba en presencia de una afiliada lego como se indicó en los hechos de la demanda, que la actora realizó traslados simultáneos entre fondo privados y en lugar de retornar al RPM realizó su último traslado a Protección; de otro lado, evidenciaba que la señora Nela presentó su solicitud ante Colpensiones el 30 de julio de 2020, momento para el cual tenía 30 años de edad y contaba con 55,71 semanas cotizadas, por lo cual no le era aplicable las

sentencias de la Corte Constitucional y ni tampoco reunía las condiciones de la sentencia C 789 - 2002 para retornar al RPM.

CONSIDERACIONES

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

PROBLEMA JURÍDICO

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

En el presente asunto no es materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: **i)** que la señora María Nela Orellanos Camacho nació el 4 de julio de 1964 (f° 31, archivo 12 de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); **ii)** que estuvo vinculada al ISS entre el 2 de septiembre de 1992, al 29 de febrero de 1996 (f° 26 archivo, carpeta 12, de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); **iii)** que el **26 de enero de 1996**, se trasladó al RAIS mediante la suscripción de un formulario de vinculación con la AFP Pensiones y Cesantías Colmena, el cual se hizo efectivo a partir del 1 de febrero de 1996 (f° 38 archivo 11, de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); y **iv)** que realizó traslado horizontal a través Protección S.A. el 24 de agosto de 1998, entidad en la cual se encuentra afiliada actualmente (f.° 38 archivo 11, carpeta 1ª inst. exp. Digital).

INEFICACIA DEL TRASLADO

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

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

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

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

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

ese tránsito» (CSJ SL12136-2014, CSJ SL1467-2021). Igualmente, resaltó que el Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.º del artículo 97, la obligación de las mismas de «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado», haciendo alusión a la Ley 795 de 2003, «Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones», en la cual se recalca en su artículo 21, ese deber **preexistente** de información a cargo de las AFP, en el sentido que la información suministrada tenía como propósito no solo evaluar las mejores opciones del mercado sino también la de «poder tomar decisiones informadas».

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

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

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

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

Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria (1993-2009), al de asesoría y buen consejo (2009-2014), y

finalmente al de doble asesoría (2014- en adelante). Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido (sentencia CSJ SL4062-2021).

Así, para la fecha en la que la accionante se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad **–26 de enero de 1996–**, la obligación de la AFP se enmarcaba en el primer periodo, según el cual debía entregar información suficiente y transparente que le permitiera elegir *«libre y voluntariamente»* la opción que mejor se ajustara a sus intereses (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019), conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 -posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003-, lo cual implicaba la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

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

Ahora bien, aun cuando en el expediente obra el formulario de solicitud de afiliación de la AFP Colmena hoy Protección S.A. suscrito el **26 de enero de 1996**, de él solo se advierte la fecha de su diligenciamiento, los datos personales y laborales del accionante, de modo que únicamente da cuenta de una exigencia requerida para el ingreso de un afiliado con la fórmula pre-impresa en la casilla destinada a la firma, sin que del mismo pueda concluirse que dicha AFP cumplió con el deber de suministrar al afiliado una ilustración suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna sobre las implicaciones de abandonar el esquema de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras.

Y es que en este punto debe advertirse que no basta con la suscripción del formulario de afiliación, para darle plena validez al traslado, porque la *«[...] firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los*

fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado» (CSJ SL1688-2019, reiterada en la CSJ SL1741-2021, donde se rememoran las sentencias CSJ SL1452-2019, CSJ SL1421-2019, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL19447-2017).

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

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

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

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

Pues bien, como se explicó en las sentencias CSJ SL5686-2021 y SL5688-2021, los argumentos de esta índole son inadmisibles pues desatienden que el eje central de

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

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

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

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

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

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

totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, gastos de administración, primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, entre otros, con cargo a sus propias utilidades, tal y como lo ha admitido la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, pudiéndose traer a colación la sentencia CSJ SL1467-2021, en la que adocrinó:

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

Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adocrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJ SL2877-2020 y CSJ SL4811-2020). (Subrayadas fuera del texto original).

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

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

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

Cabe agregar, que por vía jurisprudencial se ha aceptado que los fondos de pensiones también deben devolver a Colpensiones las «*primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos*» (CSJ SL1055-2022, entre muchas otras); como en este caso, ello no fue ordenado por el juez de primer nivel, esta Sala de Decisión, dispondrá su devolución a la Administradora de Pensiones Colpensiones, en virtud a que a favor de esta se está surtiendo el grado jurisdiccional de consulta; lo anterior, teniendo en cuenta que se tratan de dineros del sistema de seguridad social en pensiones, y que deben ser devueltos en su integridad a la entidad que nuevamente recibe el afiliado.

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

En consecuencia, se confirmará la decisión del *a quo* frente a la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen realizado con fecha de efectividad 1 de febrero de 1996, al RAIS a través de la AFP Colmena hoy Protección S.A., con todas las consecuencias jurídicas impuestas en primera instancia.

Lo anterior, no genera ningún detrimento ni un desequilibrio para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, dado que, la ineficacia del traslado de régimen del demandante implica, como ya se dijo, la devolución de todos los dineros por él aportados al RAIS más sus rendimientos, frutos e intereses que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de esta de **manera íntegra** a Colpensiones, declaración que trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original (CSJ SL 4911-2019).

PRESCRIPCIÓN

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

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

COSTAS

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

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

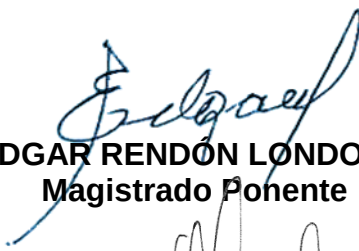
RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR Y MODIFICAR EL NUMERAL TERCERO de la sentencia consultada, proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá, únicamente en el sentido de **ORDENAR** a la **ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, a trasladar a COLPENSIONES y esta a su vez a recibir por parte de aquella, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados, y con cargo a sus propios recursos, y los rendimientos con las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, más los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., y demás rubros que posea el accionante en su cuenta de ahorro individual, durante el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a esta administradora. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

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

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de Colpensiones.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

AUTO DEL PONENTE:

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



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

República de Colombia



Libertad y Orden

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

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	110013105010202000192-01
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	MARÍA VICTORIA CASAS RESTREPO
DEMANDADO	- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES - SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. - COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS

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

SENTENCIA:

ANTECEDENTES

La señora **María Victoria Casas Restrepo** pretende que se **declare** que Porvenir S.A. omitió proporcionar información necesaria, transparente, cierta, real, suficiente, determinante, oportuna, el deber del buen consejo y debida asesoría al momento de realizar su afiliación y traslado al RAIS el 11 de abril de 1994; que se **declare** que debido a esa omisión de información por parte de Porvenir S.A. en el traslado de régimen pensional, el mismo carece de los elementos necesarios exigidos por la ley para su existencia o validez y por tanto resulta ineficaz; que se **declare** que nunca se trasladó del RPM al RAIS y por tanto, siempre permaneció afiliada al RPM administrado por Colpensiones; que se **declare** que se encuentra válidamente afiliada a Colpensiones; que se **declare** que Colfondos S.A. debe realizar el traslado inmediato de los dineros y rendimientos depositados en su cuenta de ahorro individual al régimen de prima media administrado por Colpensiones, incluidas las sumas percibidas por concepto de gastos de administración debidamente indexadas, por los periodos que permaneció afiliada al RAIS.

Como consecuencia de lo anterior, se **ordene** a Colpensiones que admita el regreso automático como afiliada al RPM; que se **condene** a Colfondos S.A. a trasladar los aportes y rendimientos causados en su cuenta de ahorro individual a Colpensiones y que el valor de dichos recursos se calcule conforme a la fórmula de indexación prevista en la ley; que se **condene** a Horizonte S.A. hoy Porvenir S.A. a pagar a Colpensiones el valor de la indexación de los aportes por los periodos de tiempo estuvo afiliada a esa entidad; que se **ordene** a Colfondos y a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones los dineros percibidos por concepto de gastos de administración, por los periodos en que permaneció afiliada al RAIS y que estos valores se paguen de manera indexada teniendo en cuenta la pérdida del poder adquisitivo de la moneda; que se **condene** a las demandadas al pago de todos los derechos que resulten probados conforme a las facultades ultra y extra petita, al pago de costas y agencias en derecho (f ° 1 a 35 archivo 01, carpeta 1ª inst. exp. digital).

Como hechos fundamento de las pretensiones (f ° 1 a 3 archivo 01, carpeta 1ª inst. exp. digital) señaló, en síntesis, que nació el 20 de noviembre de 1966; que estuvo vinculada al RPM administrado por Colpensiones desde el 10 de diciembre de 1985, hasta el 10 de abril de 1994.

Narró que, el 11 de abril de 1994, los asesores comerciales de Porvenir S.A. se presentaron en su lugar de trabajo ofreciéndole el traslado de régimen pensional; que para dicho momento se encontraba laborando para la empresa Importadora Bikkok S.A. registrando un IBC de \$300.000; que Porvenir S.A. procedió a su afiliación sin cumplir a cabalidad con su obligación de debida asesoría y entregar información suficiente, eficaz y oportuna que le permitiera a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger entre los dos regímenes pensionales existentes y poder tomar una decisión informada respecto de su futuro pensional, tampoco se le informó acerca del funcionamiento del RAIS, no se le dijo nada sobre el monto que debía acumular en su cuenta de ahorro individual para acceder a la garantía de pensión mínima, no se le realizó una proyección del valor aproximado de su mesada pensional en el RAIS, ni se le comunicó el monto de la pensión el RPM, entre otros aspectos.

Indicó que, el día 12 de agosto de 1996, suscribió formulario de traslado quedando afiliada a partir del 1 de octubre de 1996, con Colfondos S.A., entidad que también omitió su deber de información, posteriormente, el 26 de junio de 2003, se trasladó a Horizonte S.A. hoy Porvenir S.A. y el 20 de mayo de 2004, nuevamente se trasladó a Colfondos S.A.

Arguyó que, el día 16 de enero de 2020, radicó ante Colpensiones solicitud de traslado de régimen, el cual fue contestado el día 22 de enero de 2020, de forma desfavorable; que el mismo 16 de enero de 2020, radicó ante Colfondos petición solicitando información acerca de la asesoría que le brindó al momento de su afiliación a dicho régimen, copia de la proyección de la mesada pensional, fotocopia del formulario de afiliación, entre otras solicitudes; que el día 8 de febrero de 2020, dio contestación a la petición señalando que no contaba con soporte físico de la asesoría y que el formulario de afiliación constituía el único soporte.

Agregó que, 19 de febrero de 2020, presentó también solicitud ante Porvenir S.A. a fin de recibir información acerca de la asesoría que se le brindó al momento de la afiliación y traslado de régimen pensional, solicitud que fue contestada en el mes de marzo de 2020, en la cual se le indicó que la entidad había realizado arduos procesos de capacitación a sus empleados con el fin de brindar una asesoría como lo exigía la Ley, pero que no tenían soporte físico alguno, entregando fotocopia de los formularios.

Por último, mencionó que teniendo en cuenta las respuestas dadas por las entidades accionadas elaboró un estudio comparativo de la mesada pensional en ambos regímenes pensionales, arrojando que en el RPM obtendría una mesada de \$4.000.461 y en el RAIS de \$1.841.966.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (f.º 2 a10, archivo 14 carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó fecha de nacimiento de la demandante, afiliación y cotizaciones pensionales ante dicha entidad, petición de traslado y respuesta, respecto de los demás hechos dijo no constarle. Como excepciones de mérito, propuso las de prescripción y caducidad, declaratoria de otras excepciones e inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir.

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** contestó (f.º2 a 26 archivo 18 carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, admitió fecha de nacimiento de la demandante, afiliación y traslado al RAIS, lugar donde laboraba la actora para el momento del traslado y salario devengado y petición presentada ante la entidad; respecto de los demás hechos manifestó no ser ciertos

los numerales 3 a 13, 16 y 23, y no costarle los demás. Como excepciones de mérito formuló, las de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS contestó (f.º 2 a 18, archivo 19 carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó fecha de nacimiento demandante, petición y respuesta; en cuanto a los demás hechos, señaló no ser cierto el numeral 16 y no constarle los demás.

Propuso como excepciones de fondo, inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad de traslado, compensación y pago.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 13 de diciembre de 2022 (archivos 1 - 7 carpeta 1ª inst. exp. digital), resolvió:

PRIMERO: Declarar la ineficacia de la vinculación de la demandante señora MARÍA VICTORIA CASAS RESTREPO a ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., mediante la suscripción de afiliación realizada el 11/04/1994 por incumplimiento del deber de información por no haber dado una información completa cierta y oportuna por consecuencias, ventajas y desventajas del traslado, y se declaran ineficaces las subsiguientes afiliaciones realizadas 12/08/1996 con COLFONDOS SA PENSIONES Y CESANTÍAS, 25/06/ 2003 a AFP PORVENIR S.A y la del 20/05/2004 a COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS, por ende se declara ineficaz el traslado del RPM al RAIS, se ordena el regreso automático sin solución de continuidad al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES conforme a lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: CONDENAR a COLPENSIONES recibir y restablecer afiliación de la demandante señora MARÍA VICTORIA CASAS RESTREPO al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, sin solución de continuidad conforme a lo expuesto en la parte considerativa.

TERCERO: CONDENAR a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS hacer la devolución al régimen de prima media administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, de todos las sumas y valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del señor MARÍA VICTORIA CASAS RESTREPO, como cotizaciones, frutos e intereses y bonos pensionales si los hubiere como lo dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causados y así mismo a realizar la devolución **los gastos de administración y primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia con cargo a sus propias utilidades, y los porcentajes destinados a la garantía de pensión mínima,**

y debidamente indexados que le hubiere descontado al demandante durante sus vinculaciones a ese fondo, y deberá entregar a Colpensiones los documentos correspondientes que den cuenta de lo recibido por el COLFONDOS por cotizaciones, rendimientos, intereses, bonos, y de igual manera la información de las sumas descontadas por gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y porcentajes para garantía de pensión mínima, para que se pueda establecer por esta entidad que la devolución se hace en los términos ordenados en esta sentencia y deberá realizarse la devolución a Colpensiones en el término de los 15 días hábiles siguientes a la ejecutoria de la presente providencia de conformidad a la parte motiva.

CUARTO: CONDENAR a SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A a realizar la devolución a Colpensiones de las sumas descontadas a la actora señora MARÍA VICTORIA CASAS RESTREPO durante sus vinculaciones a esta administradora por concepto de gastos de administración y primas de seguros previsionales con cargo a sus utilidades y la devolución de los porcentajes descontados para garantía de pensión mínima y debidamente indexado, esta devolución la debe de hacer en el término de 15 días siguientes a la ejecutoria de la presente providencia, con los documentos necesarios para establecer por parte de COLPENSIONES cuales fueron los valores descontados por estos conceptos al actora y que efectivamente se haga la devolución en los términos de esta sentencia de conformidad parte motiva

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

SEXTO: CONDENAR en costas de esta instancia a SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. PENSIONES y CESANTÍAS, COLPENSIONES y a favor del demandante. Por secretaría practíquese la liquidación de costas e inclúyase como agencias en derecho a cargo de COLFONDOS S.A. Y COLPENSIONES la suma de \$ 250.000 y como agencias en derecho Y AFP PORVENIR S.A. la suma de \$ 1.000.000 a como agencias en derecho

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

Dijo que, de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, en los casos en los que se analizaba la eficacia de un traslado, se producía una

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

Adujo que, en el presente caso se encontraba formulario de afiliación ante Porvenir S.A. de fecha 11 de abril de 1994, afiliación a Horizonte del 25 de junio de 2003, afiliación a Colfondos del 20 de mayo de 2004, de los cuales se observaba que se habían suscrito de manera libre y sin presiones; considerando que del caudal probatorio recaudado en el expediente se tenía que la AFP Porvenir no había cumplido con el deber de información, razón por lo cual debía declararse ineficaz la afiliación de traslado y subsiguientemente las afiliaciones realizadas a otros fondos, al no haberse acreditado la información suministrada al momento de la afiliación.

RECURSO DE APELACIÓN

PORVENIR S.A. interpuso recurso de apelación indicando que, si bien existe una línea jurisprudencial sobre la ineficacia de los actos de traslado por la falta del deber de información, la misma Corte Suprema de Justicia había indicado que dicha línea debía ser aplicada de manera diferenciada sobre unos supuestos fácticos los cuales exigían una similitud, los cuales en el presente caso no se presentaban como quiera que la aquí demandante se había afiliado en el año 1994 y luego en el año 2003, de manera libre y voluntaria.

Adujo que, para los años 1994 y 2003, las AFP no tenía ese deber tan riguroso que hoy se reprocha; que la decisión de traslado se tomó por la actora de manera libre y voluntaria, sin ningún tipo de apremio, quedando demostrado en el interrogatorio de parte que recibió suficiente información de manera clara y completa sobre el RAIS al haber recibido más de 4 asesorías con diferentes administradoras dentro de ese régimen, en el año 1994 con Porvenir, en el año 1996, con Colfondos, en el año 2003, con Horizonte y finalmente en el año 2004, con Colfondos, además de haber suscrito formulario de aporte voluntario, lo cual demostraba que tenía conocimiento del funcionamiento del RAIS, decidiendo seguir suscrita al mismo por más de 25 años.

Manifestó su inconformidad respecto de la condena por gastos de administración y seguros previsionales, frente a los últimos por cuanto fueron dineros trasladados a las respectivas aseguradoras contratadas por AFP, que en este caso actuaban como terceros de buena fe, además con el porcentaje descontado se cubrieron los riesgos de invalidez y muerte, cumpliéndose así con la finalidad establecida en la Ley, por lo que tampoco resultaba pertinente una eventual devolución de dichos rubros.

Sostuvo que, también se apartaba en cuanto a que fueran devueltos los gastos de administración, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 1746 del Código Civil, en relación a las restituciones mutuas, de igual manera, debía tenerse en cuenta que estos dineros no estaban llamados a financiar la pensión de vejez, pues se destinaban por Ley a la correcta administración, generándose unos rendimientos que hasta la fecha se le habían reconocido a la demandante y al momento de trasladarse a Colfondos fueron debidamente trasladados a dicha AFP; que el no ordenarse las restituciones mutuas, conllevaba a un enriquecimiento sin causa a favor del RPM.

Dijo que, se encontraba en desacuerdo en que los emolumentos que debía devolver fueran indexados, frente a lo cual debía tenerse en cuenta que la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cundinamarca al revisar un caso similar concluyó que, al darse la devolución de los rendimientos dicho rubro ya incluía los intereses, de manera que, condenar también a la indexación sería excluyente y terminaría significando una doble sanción por un mismo motivo, desconociendo la figura de la compensación de conformidad con el Artículo 1714 del Código Civil.

COLPENSIONES interpuso recurso de apelación el cual sustentó en que la fecha del traslado efectuado al RAIS tenía plena validez sin que existiera ningún vicio del consentimiento, se demostró con la declaración rendida por la actora en interrogatorio de parte que tuvo conocimiento del traslado realizado al RAIS, no siendo procedente declarar que el contrato de afiliación suscrito entre con la AFP Porvenir es nulo, toda vez que obra dentro del presente proceso existían medios de prueba suficientes los cuales conllevaban a determinar que el traslado se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, así como el respectivo asesor del fondo privado suministró la totalidad de información clara y precisa, sin que se observara vicios del consentimiento.

Por otra parte, indicó que debía tenerse en cuenta que el artículo 83 de la Constitución Política señalaba que las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas debían ceñirse a los postulados de buena fe, por lo cual le correspondía a la demandante desvirtuar dicha presunción; se tenía también que la señora María Victoria nació el 20 de noviembre de 1966, por lo cual se encontraba inmersa en la prohibición establecida en el artículo 2°, literal e) de la Ley 797 de 2003.

CONSIDERACIONES

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

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual que hizo la demandante a través de la AFP Porvenir S.A. es ineficaz por falta de información, y si, como consecuencia de ello, hay lugar a declarar la ineficacia de los traslados horizontales en el RAIS y de ordenar a las AFPs retornar a Colpensiones todos los aportes realizados por la actora en el RAIS, junto con los gastos de administración y demás deducciones.

En el presente asunto no son materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: **i)** que la señora María Victoria Casas Restrepo nació el día 20 de noviembre de 1966 (f° 32, archivo 01 de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); **ii)** que cotizó al RPM con el ISS desde el 10 de diciembre de 1985, hasta el 11 de abril de 1994 (última fecha suministrada en el formulario de afiliación al RAIS, en la cual se indica que para la fecha de suscripción se encontraba laborando para Importadora BIKBOK S.A.), cotizando un total de 302,14 semanas (f° 156, archivo 14, f° 33, archivo, de carpeta 1ª inst. exp. Digital); **iii)** que el **11 de abril de 1994**, suscribió formulario de afiliación y traslado al RAIS con Porvenir S.A. (f° 33, archivo 1, de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); **iv)** 12 de agosto de 1996, se trasladó Colfondos S.A. (f° 48, archivo 18, de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); **v)** el 10 de junio de 2003, se trasladó a Horizonte Pensiones y Cesantías hoy Porvenir S.A. (f° 48 archivo 18, de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); y **vi)** que el 20 de mayo de 2004, se trasladó de nuevo a Colfondos S.A., entidad en la cual se encuentra afiliada actualmente (f° 35, archivo 1, de la carpeta 1ª inst. exp. Digital).

INEFICACIA DEL TRASLADO

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

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

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

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

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

La Corte Suprema de Justicia Sala Laboral concluyó, desde su fundación, las AFP tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. Sobre el particular, cabe traer a colación, lo dicho en la sentencia CSJ SL1055-2022, en la que se expuso:

Pues bien, es menester recordar que la Corte ha precisado de manera pacífica y reiterada que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones, se estableció en cabeza de las AFP el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados en forma clara, precisa y oportuna acerca de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas (CSJ: SL12136-2014, SL17595-2017, SL19447-2017, SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689-2019, SL3464- 2019, SL4360-2019, SL2611-2020 y SL4806-2020).

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

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

Así, para la fecha en la que el accionante se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad – **11 de abril de 1994**-, la obligación de la AFP se enmarcaba en el primer periodo, según el cual debía entregar información suficiente y transparente que le permitiera elegir «*libre y voluntariamente*» la opción que mejor se ajustara a sus intereses (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019), conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 -posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003- y el párrafo del artículo 18 del Decreto 656 de 1994, lo cual implicaba la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima

media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJ SL2877-2020 y CSJ SL4811-2020). (Subrayadas fuera del texto original).

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

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

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

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

Y no queda duda alguna que dichos valores deben ser indexados, como quiera que, por el transcurso del tiempo, han sufrido pérdida del valor adquisitivo, no siendo viable que Colpensiones deba asumir esta pérdida, de otro lado, pese a que la cuenta de ahorro individual de la actora generó rendimientos, ellos no compensan la devaluación que se pretende proteger con la indexación, por lo que tampoco es de recibo el reparo que efectuó en ese sentido Porvenir S.A.

Lo anterior, no genera ningún detrimento ni un desequilibrio para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, dado que, la ineficacia del traslado de régimen de la demandante implica, como ya se dijo, la devolución de todos los dineros por él aportados al RAIS más sus rendimientos, frutos e intereses que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de esta de **manera íntegra** a Colpensiones, declaración que trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original (CSJ SL 4911-2019).

PREScripción

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

COSTAS

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

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

RESUELVE:

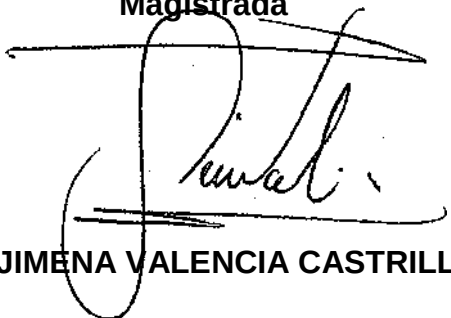
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia emitida por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá, el 13 de diciembre de 2022, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada


ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

Magistrada**AUTO PONENTE:**

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



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

República de Colombia



Libertad y Orden

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

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	11001310501220190027101
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	CONSUELO ALCANTAR REYES
DEMANDADO	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES

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

SENTENCIA:

ANTECEDENTES

Pretende la señora **Consuelo Alcantar Reyes** se **condene** a Colpensiones a reconocer y pagar la pensión de sobrevivientes a que tiene derecho desde el fallecimiento de su esposo Nelson González Albis, se **condene** a la indexación de las sumas adeudadas, al pago de intereses moratorios de conformidad con lo establecido en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, y de costas procesales (f° 4 a 5).

Como hechos fundamento de las pretensiones (f °. 5 a 6), señaló en síntesis, que el señor Nelson González Albis falleció el 22 de enero de 1999; que en el año 1987, conformaron un hogar en común procreando una hija de nombre Adriana González Alcantar, convivencia que perduró por 13 años de manera ininterrumpida en

la transversal 91 No. 57 A 48 sur – torre 3, interior 1, apto. 102 y en la carrera 81 J No. 57 A 03, torre Peniel, de la ciudad de Bogotá.

Sostuvo que, durante la convivencia estuvo al cuidado de su esposo durante sus padecimientos en salud, cuidándolo y acompañándolo, incluso interponiendo las acciones de tutela correspondientes para proteger sus derechos fundamentales, que durante la convivencia se dedicó a las labores del hogar figurando como beneficiaria del señor González en el servicio de salud; que cuando el señor Nelson se quedaba sin empleo y debía rebuscarse lo del diario, él seguía pagando la seguridad social a nombre de su esposa, entonces ella era la cotizante y el causante pasaba como beneficiario.

Narró que, una vez se produjo el fallecimiento de su compañero solicitó ante Colpensiones la pensión de sobrevivientes; que dicha entidad mediante resoluciones SUB 260712 del 18 de noviembre de 2017 y DIR 23762 del 27 de diciembre de 2017, negó el reconocimiento pensional con el argumento de que faltaron declaraciones de los familiares.

Acotó que, para el momento del fallecimiento el señor Nelson González había cotizado a Colpensiones 345,57 semanas de cotización; que en la respuesta dada por Colpensiones no cuestionó el cumplimiento de semanas de cotización mínima, pero puso en duda la calidad de beneficiaria, que antes de convivir con el causante, él había tenido una relación sentimental con la señora María Estrella Gil de González de quien se divorció y liquidó la sociedad conyugal; que en octubre de 2015, la señora Estrella solicitó ante Colpensiones la indemnización sustitutiva.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (f° 69 a 74), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos aceptó fecha de nacimiento del causante, fecha de solicitud y petición ante la entidad por parte de la actora, actos administrativos que negaron la pensión solicitada, semanas cotizadas por el causante ante la entidad y solicitud que hizo la señora María Estrella Gil de González para reconocimiento de indemnización sustitutiva, en relación a los demás hechos dijo no ser cierto el numeral 22 y no constarle los demás.

Como excepciones de mérito, prescripción, caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, no configuración al pago de intereses moratorios, ni indemnización moratoria, buena fe y declaratoria de otras excepciones (f° 69 a 74).

Mediante auto del 8 de noviembre de 2019, el Juez ordenó vincular a la señora María Estrella Gil de González como Litis consorte necesarios (f°84). La vinculada se notificó personalmente el 17 de marzo de 2021 (f° 102), a través de proveído del 12 de mayo de 2021, se tuvo por no contestada la demanda por parte de la señora María Estrella Gil de González y se estableció que su conducta se tendría como indicio grave en su contra (f°103).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 30 de septiembre de 2021 (f°. 113 a 114 – CD f°112), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR que el señor NELSON GONZÁLEZ ALBIS, quien en vida se indentificaba con C.C. No. 19.055.951, dejó causado el derecho a la pensión de sobrevivientes, en aplicación de la condición más beneficiosa, conforme a lo expuesto.

SEGUNDO: DECLARAR que la señora CONSUELO ALCANTAR REYES, identificada con C.C. No. 24.040.753, en su condición de compañera permanente, tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes con ocasión al fallecimiento del señor NELSON GONZÁLEZ ALBIS, conforme a lo expuesto.

TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a reconocer y pagar a favor de la señora CONSUELO ALCANTAR REYES la pensión de sobrevivientes, a partir del 22 de enero de 1999, en cuantía igual a un salario mínimo legal mensual vigente, sobre 14 mesadas al año, y en adelante con los respectivos reajustes legales, mesada pensional que para el año 2021, asciende a la suma de \$908.526, conforme a lo expuesto.

CUARTO: DECLARAR PROBADA parcialmente la excepción de prescripción respecto de las mesadas pensionales causadas entre el 22 de enero de 1999 hasta el 29 de septiembre de 2014, y declarar no probadas las demás excepciones formuladas, conforme a lo expuesto.

QUINTO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a pagar a la señora CONSUELO ALCANTAR REYES por concepto de retroactivo pensional causado desde el 30 de septiembre de 2014 al 31 de agosto de 2021, la suma de \$74.480.776, mesadas pensionales que deberán indexarse desde la causación de cada una de ellas hasta el momento de su pago, conforme a lo expuesto.

SEXTO: AUTORIZAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a descontar del valor del retroactivo y de las mesadas que se paguen con posterioridad, lo correspondiente a los aportes a salud.

SÉPTIMO: ABSOLVER a la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES de las demás pretensiones incoadas en su contra.

OCTAVO: sin condena en costas.

Para Fundamentar su decisión, sostuvo que teniendo en cuenta que el causante falleció el día 22 de enero del año 1999, la norma que debía aplicarse era la prevista en el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, en su versión original; que al verificarse los requisitos contemplados en dicha norma se tenía que los mismos no se cumplían, toda vez que para el periodo comprendido entre el 23 de enero del año 1998 y el 22 de enero del año 1999, el señor Nelson no había realizado ninguna cotización.

Paso seguido, procedió a estudiar la prestación solicitada en aplicación del principio de la condición más beneficiosa, indicando que sobre el particular la Corte Suprema de Justicia Sala de casación laboral ha admitido que el reconocimiento prestacional se realice con sustento en las exigencias contempladas en la normativa inmediatamente anterior a la que se encontraba vigente para el momento del deceso del pensionado o del afiliado, procediendo el sentenciador a verificar los requisitos de conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, normatividad que exige que el asegurado hubiese cotizado al seguro de invalidez, vejez y muerte 150 semanas dentro de los 6 años anteriores a la fecha del fallecimiento o 300 semanas en cualquier época, aclarando el *a quo* que cuando se habla concretamente de 300 semanas, las mismas debían haber sido cotizadas con anterioridad al 01/04/1994, fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993.

Luego, procedió a realizar el estudio de la prestación pensional bajo los presupuestos del Acuerdo 049 de 1990, encontrando de la historia laboral del causante Nelson González Albis, actualizada al 29 de septiembre del año 2017, que el afiliado cotizó entre el 03/03/1969 y el 09/07/1986 un total de 345.57 semanas al ISS, de suerte que, se había cumplido con el requisito de las 300 semanas antes del 1 de abril de 1994.

Adujo que, conforme a lo señalado en la sentencia SL4250–2017, cuando se da aplicación al principio de la condición más beneficiosa, no es factible, alterar la normativa que se va aplicar, por la que la misma debía aplicarse en su integridad, procediendo a analizar el derecho prestacional conforme los requisitos establecidos en el Decreto 758 de 1990, frente a lo cual, se tenía como pruebas recaudadas registro civil de nacimiento de Adriana González Alcantar que daba cuenta que era hija del causante fruto de la relación que existió con la señora Consuelo Alcantar, se encontraba también formulario de afiliación a la EPS Salud Total donde se encontraba incluida la demandante como su beneficiaria en calidad de compañera permanente y para probar las afirmaciones contenidas en la demanda se habían recaudado los testimonios de Doris Estella Lozano Mendoza, Rosa Sandino Castro y Gina Paola Ibagué.

De la prueba testimonial, precisó el Juez que respecto de lo dicho por la señora Rosa Sandino Castro, había evidenciado demasiadas contradicciones, no tenía precisa las fechas de las situaciones particulares de la relación entre la señora Consuelo Alcantar Reyes y el señor Nelson González Albis, en ese sentido, al no tener precisión de los extremos temporales el despacho no la podía tener en cuenta, además que se le había consultado sobre un tema relacionado en el año 1997, sobre una solicitud de vinculación que hizo la demandante al ISS, frente a lo cual no había sido clara en determinar cómo habían sucedido las circunstancias de tiempo, modo y lugar.

En relación a Gina Paola Ibagué, sustentó que había sido contundente y precisa en las diferentes situaciones temporales acaecidas en la relación con la señora Consuelo con el señor González Albis y que el hecho de que hubiera teniendo un vínculo con la señora Consuelo no desvirtuaba su declaración, siendo una persona que hacía parte del grupo familiar, por lo que, quien más que ella para conocer de forma directa las situaciones particulares que acontecieron en la relación que tuvo la señora Consuelo con el señor Nelson González, siendo precisa en su calidad de hija que siempre vio a su padre conviviendo con la demandante, que si bien él debía realizar algunos viajes con ocasión del trabajo, siempre regresaba a su casa y allí departida con su núcleo familiar, también había sido concreta en afirmar que más o menos desde el año 1994, iniciaron las complicaciones más graves en la salud del señor Nelson González, por lo que su convivencia fue permanente en el domicilio, de

suerte que ese aspecto para el despacho tenía plena validez, ya que se demostraba que efectivamente había existido la convivencia de la demandante con el causante de forma permanente, por lo menos desde el año 1994.

Bajo lo expuesto procedió a otorgar el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a partir de la fecha del fallecimiento del afiliado, esto es, a partir del 22 de enero del año 1999.

Respecto de la mesada pensional, se calculó teniendo en cuenta lo previsto en el artículo 20 del Acuerdo 049 de 1990, que al efectuarse la correspondiente liquidación se tenía que, al calcular la centésima parte de la sumatoria, los salarios semanales y al ser multiplicado dicho valor por el factor 4.33, arrojaba IBL una suma inferior al SMLMV para el año 1999, por lo que el reconocimiento sería sobre el SMLMV, sobre 14 mesadas anuales.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES impetró recurso de apelación, solicitando sea revocada la decisión de primera instancia, por cuanto se encontraba demostrado dentro del plenario que no se había acreditado la convivencia efectiva entre el causante y la demandante, de acuerdo a las declaraciones rendidas por los testigos quienes habían sido contradictorios respecto de los extremos de la convivencia, algunos manifestaban que había iniciado desde 1997 y otros decían que desde 1990, como lo había dicho la señora Gina al señalar que convivieron desde 1990, cuando enfermó su papá, y más adelante manifestó que desde 1994, situación que conllevaba a un interrogante en cuanto a los extremos de la convivencia; factor importante para el reconocimiento de la prestación.

Adujo que, Colpensiones mediante la resolución No. 23762 del 27 de diciembre resolvió negar la pensión de sobrevivientes, por cuanto no se logró determinar con certeza la convivencia del causante con la reclamante, toda vez que no se habían aportado medios para iniciar y llevar a cabo la investigación administrativa y poder determinar los extremos de la convivencia, mediante la resolución SUB 288447 del 03 de diciembre de 2017, la entidad se mantuvo en la negación, razón por lo cual debía analizarse tal situación.

CONSIDERACIONES

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

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los antecedentes dados, procede esta Sala a determinar lo siguiente: **i)** si el afiliado Nelson González Albis dejó causado el derecho a la pensión de sobreviviente; **ii)** si a la demandante Consuelo Alcantar Reyes le asiste el derecho a percibir la pensión de sobrevivientes como beneficiaria del causante en calidad de compañera permanente y en virtud de la aplicación de la condición más beneficiosa, **iii)** en caso afirmativo, si las condenas impuestas por el *a quo* se encuentran acordes a derecho; **iv)** y si operó o no el fenómeno prescriptivo.

En el presente asunto no es materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: **i)** que el señor Nelson González Albis falleció el 22 de enero de 1999 (fº. 11); **ii)** que el causante estaba afiliado al ISS donde había cotizado 345,52 semanas entre el 3 de marzo de 1969, al 9 de julio de 1986 (fº. 16); **iii)** que mediante resolución SUB 260712 del 18 de noviembre de 2017, la entidad accionada negó el reconocimiento de la indemnización sustitutiva a favor de la actora, por no acreditar convivencia con el causante; **iv)** que teniendo en cuenta las negativas por parte de la entidad, la demandante interpuso los recursos de ley, los cuales se resolvieron en resoluciones SUB 288447 del 13 de diciembre de 2017 y DIR 23762 del 27 de diciembre de 2017, confirmándose la no prosperidad de la solicitud (fº 18-27); **v)** que Colpensiones mediante resolución GNR 29986 del 27 de enero de 2016, negó la solicitud de indemnización sustitutiva de pensión de sobrevivientes presentada por la señora María Estrella Gil de González en calidad de cónyuge del causante (Exp. Administrativo – CD fº 97); **vi)** que mediante sentencia del 24 de septiembre de 1996, proferida por el Juzgado 13 de Familia de Bogotá se decretó la separación de bienes y se disolvió la sociedad conyugal entre Nelson González Albis y María Estrella Gil de González, según registro civil de matrimonio con nota marginal (Exp. Administrativo – CD fº 97- archivo 17).

PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES

Empieza la Sala por señalar que la norma aplicable es aquella vigente al momento del deceso del pensionado y/o afiliado, por manera que al no existir controversia respecto de que el señor Nelson González Albis falleció el 22 de enero de 1999, no hay duda de que el precepto normativo que gobierna el caso es el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, en su versión original (CSJ SL4795-2018, CSJ SL5229-2018 y CSJ SL1379-2019).

En efecto, el artículo 46 de la mencionada Ley 100, al regular los requisitos que debe dejar acreditados el fallecido para causar la pensión de sobrevivientes en favor de sus beneficios, dispuso:

ARTÍCULO 46. *Requisitos para obtener la Pensión de Sobrevivientes. Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:*

1. Los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez, o invalidez por riesgo común, que fallezca, y

*2. Los miembros del grupo familiar del **afiliado que fallezca**, siempre que éste hubiere cumplido alguno de los siguientes requisitos:*

a) Que el afiliado se encuentre cotizando al sistema y hubiere cotizado por lo menos veintiséis (26) semanas al momento de la muerte;

b) Que habiendo dejado de cotizar al sistema, hubiere efectuado aportes durante por lo menos 26 semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca la muerte.

(...)

En este orden, acorde a los presupuestos legales establecidos por dicha normativa, es evidente que, para efectos de obtener el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes pretendida, se requiere primero determinar si el fallecido para el momento de su deceso estaba aportando o había dejado de cotizar.

Entonces, al verificar la historia laboral expedida por Colpensiones (f°. 16), se evidencia que la última cotización del señor González fue el 9 de julio de 1986, es decir, que para la data de su muerte 22 de enero de 1999, no estaba cotizando, ubicándose entonces en el numeral 2 literal b) del artículo 46 de la Ley 100 de 1993, que exigía 26 semanas en el año inmediatamente anterior al momento del deceso.

De igual forma, se extrae de dicha historia laboral expedida que el causante entre el 22 de enero de 1998, y el mismo día y mes del año 1999, no aportó ninguna semana, en consecuencia, no dejó causado el derecho a la pensión de sobrevivientes bajo esta normatividad.

PRINCIPIO DE LA CONDICIÓN MÁS BENEFICIOSA

La Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, en la sentencia CSJ SL4064-2019, reiterada en la CSJ SL1663-2021, sobre la aplicación de este principio, sostuvo:

Pues bien, para dar respuesta a los planteamientos de la censura, importa recordar que en estos casos, en los que el óbito del causante ocurre en vigencia la Ley 100 de 1993, en su redacción original, la Corte ha aceptado la aplicación del principio de la condición más beneficiosa, en aras de permitir un estudio de la prestación a la luz de lo establecido en el artículo 25 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, de lo que son ejemplo las sentencias CSJ SL, 13 ag. 1997, rad. 9758, CSJ SL, 9 jul. 2008, rad. 30581, CSJ SL, 12 abr. 2011, rad. 41300, y CSJ SL, 17 abr. 2013, rad. 47174. En la última de las providencias mencionadas, esta Corporación explicó:

En lo que tiene que ver con el fondo de la acusación, contrario a lo que sostiene la censura, el Tribunal sí reconoció que el afiliado había fallecido durante la vigencia de la Ley 100 de 1993 y que, por tal razón, esa era la norma llamada a regular el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes. No obstante, también entendió que a pesar de que no se reunían los requisitos allí definidos, era posible acudir a las previsiones del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, por virtud del principio de la condición más beneficiosa. (Negrillas fuera del texto original).

Con dicha reflexión no incurrió en alguna imprecisión jurídica, pues esta Sala de la Corte ha sostenido de manera reiterada que cuando la muerte del afiliado ocurre en vigencia de la Ley 100 de 1993, en su redacción original, es posible estudiar el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, con apego a los requisitos establecidos en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, por virtud del principio de la condición más beneficiosa. Dicha orientación ha sido mantenida desde la sentencia del 13 de agosto de 1997, Rad. 9758, en la que se dijo al respecto: (Negrillas fuera del texto original).

(...)

Además cabe resaltar que mientras los artículos 6 y 25 del Acuerdo 49 de 1990 señalaron como requisitos de aportes para la pensión de sobrevivientes de origen común reunir 150 semanas de cotización sufragadas en los 6 años anteriores a la muerte o 300 en cualquier tiempo, el nuevo ordenamiento legal de prima media con prestación definida de la ley 100 redujo las semanas a sólo 26 en cualquier tiempo para quienes estuvieren afiliados al momento de la muerte, y para quienes dejaron de cotizar al sistema introdujo la condición de que las mismas 26 hubiesen sido sufragadas dentro del año inmediatamente anterior al fallecimiento, por lo que ante tal realidad y en atención al postulado protector propio del derecho del trabajo y de la seguridad social, se actualiza por excelencia en el caso objeto de estudio, el

principio de la condición más beneficiosa, contemplado en el artículo 53 de la Constitución Política.

En consecuencia, sería violatorio de tal postulado y del principio constitucional de la proporcionalidad, entender que dentro del nuevo régimen de la ley 100 - que redujo drásticamente el requisito de intensidad de semanas -, quedaron abolidas las prerrogativas de los derechohabientes originadas por afiliados que durante su vinculación como sujetos activos de la seguridad social habían cumplido todas las cotizaciones exigidas en el reglamento aplicable y antes de entrar a regir la nueva ley se desafiliaron del sistema al considerar fundadamente que por faltarles únicamente el requisito del fallecimiento sus familiares podrían reclamar la respectiva prestación al momento de su deceso.

Por lo anterior, la circunstancia de no haber cotizado el causante ninguna semana al ISS, en el año inmediatamente anterior a su fallecimiento, en manera alguna aparea la ineficacia de sus aportes durante más de 20 años (más de 1.200 semanas), porque esa condición más beneficiosa estatuida en el régimen del Acuerdo 049 está amparada por el artículo 53 supralegal y por ende tiene efectos después del 1º de abril de 1.994, para la eficacia del cubrimiento del seguro de invalidez, vejez y muerte, dado que el mínimo de semanas requerido estaba más que satisfecho; es más, era tal la densidad de ellas que superaba las exigidas para la pensión de vejez (artículo 12 del mismo Acuerdo).

Así mismo, no escapa a la Sala que ante una contradicción tan evidente, impone el sentido común el imperio de una solución cimentada en una interpretación y aplicación sistemática de normas y en el espíritu de las mismas, consultando los principios de equidad y proporcionalidad. Y en tal orden de ideas se apartaría de estos postulados la decisión jurisdiccional que sin ningún análisis contextual aplicara al caso el artículo 46 de la ley 100 de 1.993, y so pretexto de haberse producido el deceso a los 3 meses y 23 días de entrar en vigencia el nuevo régimen de seguridad social y de no tener cotizadas el causante 26 semanas en el año anterior al fallecimiento, se negase a sus derechohabientes la pensión de sobrevivientes, que edificó el afiliado durante más de 20 años, las que le daban derecho a causar no sólo pensión de sobrevivientes sino aun a estructurar el requisito de aportes para la pensión de vejez.

Si se acogiera tal solución fría y extremadamente exegética se llegaría al absurdo que un mínimo de cotizaciones efectuadas durante solo 6 meses anteriores a la muerte da más derecho que el esfuerzo de aportes durante toda una vida laboral efectuado por quien cumplió con todos los cánones estatuidos en los reglamentos vigentes durante su condición de afiliado, lo cual no solamente atenta contra los principios más elementales de la seguridad social, sino también contra la lógica y la equidad.

Por tanto, siendo indiscutible el cumplimiento de todas las cotizaciones estatuidas por el régimen vigente durante la vinculación de SAUL DARIO MESA RODRIGUEZ al seguro de invalidez, vejez y muerte, luego de lo cual se produjo su muerte y ante la presencia de dos sistemas normativos de seguridad social de posible aplicación razonable, a juicio de la Corte, como son el Acuerdo 049 - decreto 0758 de 1.990- y la ley 100 de 1.993, debe inclinarse el juzgador, con arreglo al texto 53 supralegal por la norma de seguridad social vigente al momento de culminación de la afiliación, esto es el primero de los estatutos mencionados, por ser el régimen más favorable a quien en vida cumplió en desarrollo de su labor con el sistema de seguridad social, para su protección y la de su familia.

(...)

La mencionada postura fue precisada en sus condiciones, a través de decisiones como la del 9 de julio de 2008, Rad. 30581, en la que se anotó:

*“En segundo lugar es de recordar, que sobre el tema en cuestión, esta Corporación **tiene su propio criterio y ha adoctrinado mayoritariamente**, que un afiliado al régimen del Instituto de los Seguros Sociales, que tenga en su haber el número y densidad de semanas exigidas por los artículos 6°, 25 y 27 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, esto es, 150 semanas dentro de los seis años anteriores a la fecha del deceso o 300 en cualquier época, aunque fallezca en vigor de la nueva ley de seguridad social y no cumpla con el requisito del artículo 46 de la Ley 100 de 1993 relativo a las 26 semanas cotizadas al sistema para el momento de la muerte o dentro del último año, tiene derecho a que se le aplique el principio de la condición más beneficiosa consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, a fin de definir su situación pensional respecto de sus beneficiarios.*

(...)

*Al respecto conviene agregar, en lo concerniente a las dos hipótesis que contiene la normatividad que antecede a la nueva ley de seguridad social, esto es, el literal b) del artículo 6° del Acuerdo 049 aprobado por el Decreto 758 de 1990, la Corte adicionalmente ha sostenido, que la primera, en la que se mencionan 300 semanas cotizadas en cualquier tiempo, ese número debe estar satisfecho para el momento en que comenzó a regir la Ley 100 de 1993; en cambio frente al segundo supuesto de la norma, relativo a una densidad de 150 semanas aportadas al ISS “dentro de los seis años anteriores a la muerte del afiliado”, recientemente se fijó el criterio consistente en que este requisito **para efectos de la aplicación de la condición más beneficiosa**, cuando el deceso acontece en imperio de la Ley 100 de 1993, se debe considerar cumplido contabilizando esos seis años pero desde el 1° de abril de 1994 hacía atrás, es decir remontándose en el tiempo hasta el 1° de abril de 1988, y además es menester que el asegurado también tenga en su haber esa misma densidad de semanas (150) en los seis años que anteceden al fallecimiento, en el entendido de que el suceso de la muerte ocurriera antes del 1° de abril de 2000, según se dejó sentado en casación del 4 de diciembre de 2006 radicado 28893 que rememoró la decisión del 26 de septiembre de igual año radicación 29042, (...)*”

La anterior doctrina ha sido reiterada en decisiones como las del 12 de abril de 2011, Rad. 41300, 13 de marzo de 2012, Rad. 45418, 17 de abril de 2012, Rad. 43716, 28 de agosto de 2012, Rad. 41816 y 30 de enero de 2013, Rad. 39012, entre muchas otras. (Subrayas fuera del texto)

Como en este caso el afiliado fallecido tenía más de 300 semanas cotizadas para el momento en el que entró a regir la Ley 100 de 1993, es claro que se cumplían a cabalidad los requisitos necesarios para disponer el pago de la pensión de sobrevivientes a sus beneficiarios, con arreglo a lo dispuesto en los artículos 6 y 25 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, aplicable por virtud del principio de la condición más beneficiosa.».

Acogiendo el anterior criterio jurisprudencial, se observa que, en el asunto bajo examen, el causante falleció el 22 de enero de 1999, por ende, conforme al principio de condición más beneficiosa, la normativa inmediatamente anterior es el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de igual año, la cual exigía como requisitos

para el reconocimiento de la prestación por muerte, 300 semanas de aportes en toda la vida laboral o 150 en los 6 años anteriores a la muerte.

Ahora bien, sobre la forma en que deben contabilizarse esas semanas, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia CSJ SL11548-2015 reiterada en CSJ SL5147-2020, señaló:

En torno a la aplicación de dichos preceptos [artículos 6.º y 25 del Acuerdo 049 de 1990] y, cuando el asegurado fallece en vigencia de la Ley 100 de 1993, y no cumplía la densidad de cotizaciones exigida por el artículo 46 en su original redacción, de dicha ley, para dejar causado el derecho a la pensión de sobrevivientes, ha dicho la Corte lo siguiente:

En cuanto a las trescientas (300) semanas cotizadas en cualquier época con anterioridad al estado de invalidez -y que para el caso de la pensión de sobrevivientes es con anterioridad al fallecimiento-, deben estar satisfechas al momento en que entró en vigencia la Ley 100 de 1993.

Respecto de las ciento cincuenta (150) semanas cotizadas dentro de los seis (6) años anteriores al estado de invalidez -y que igualmente para el caso de la pensión de sobrevivientes, son anteriores al fallecimiento-, esa densidad debe estar satisfecha, pero contabilizando ese tiempo desde el 1º de abril de 1994 hacía atrás, y adicionalmente tener esa misma densidad en los seis (6) años anteriores a su fallecimiento. (...)

Al aplicar la anterior línea de pensamiento al *sub examine*, se tiene que el señor Nelson González cotizó las 345,57 semanas antes de la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993, pues su última cotización se efectuó el 9 de julio de 1986, cumpliendo así con el primero de los requisitos citado jurisprudencialmente, de modo que, dejó causada la pensión de sobrevivientes en los términos del Acuerdo 049 de 1990, aplicable en virtud del principio de la condición más beneficiosa, toda vez que tenía el número la densidad de aportes exigido por dicha normativa al momento de entrar en vigencia.

Con lo expuesto, el suscrito magistrado sustanciador, recoge cualquier criterio que se haya expuesto en sentido contrario, en cuanto a la aplicabilidad del Acuerdo 049/90, para quienes no hayan efectuado cotizaciones en vigencia de dicha disposición, en los casos del postulado de la condición más beneficiosa.

En consecuencia, se confirmará la sentencia de primer grado respecto a este punto.

BENEFICIARIOS PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES – ACUERDO 049 DE 1990

A efectos de establecer si la demandante reúne los requisitos para ser beneficiaria de la pensión de sobrevivientes en su condición de compañera permanente del causante, en necesario acudir a lo dispuesto en el artículo 27 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por Decreto 758 del mismo año, al haber sido la norma por la cual se otorgó el reconocimiento pensional, y que dispone:

ARTÍCULO 27. BENEFICIARIOS DE LA PENSION DE SOBREVIVIENTES POR MUERTE POR RIESGO COMÚN. *Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes por riesgo común, los siguientes derechos habientes:*

1. En forma vitalicia, el cónyuge sobreviviente y, a falta de éste, el compañero o la compañera permanente del asegurado.

Se entiende que falta el cónyuge sobreviviente:

- a) Por muerte real o presunta;*
- b) Por nulidad del matrimonio civil o eclesiástico;*
- c) Por divorcio del matrimonio civil y,*
- d) Por separación legal y definitiva de cuerpos y de bienes.*

[...]

Como bien se puede apreciar de la norma en cita, el derecho a la pensión de sobrevivientes recae principalmente en la cónyuge y solo a falta de de esta, el compañero o la compañera permanente del asegurado; no obstante, a nivel jurisprudencial también se ha dicho que la compañera permanente puede ser beneficiaria de la pensión de sobrevivientes prevista en el Acuerdo 049 de 1990 a falta de cónyuge, además de los casos señalados en el artículo 27 de dicho canon normativo, por ausencia de convivencia, lo anterior en razón a que la norma no es taxativa sino enunciativa, tal y como lo precisó en sentencia SL14005-2016, en la que dijo:

Puestas así las cosas, viene al caso decir que aunque en múltiples ocasiones la Corte se ha referido al artículo 27 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por Decreto 758 del mismo año, para destacar el derecho de la compañera permanente (o el compañero permanente) a acceder a la pensión de sobrevivientes por haberse producido el deceso del causante bajo su vigencia, no ha sido precisa en señalar que las diferentes situaciones o circunstancias allí consideradas como demostrativas de la ausencia o falta de cónyuge sobreviviente no son taxativas sino que, en virtud de la vista de otras preceptivas, bien pueden considerarse éstas a título meramente enunciativo.

En efecto, verbigracia, en sentencia de 24 de enero de 2003, rad. 19287, sobre la citada norma, expresó:

“(…) era deber del recurrente, en primer lugar, destruir la inferencia fáctica del Tribunal, relativa a la convivencia de los cónyuges MARTINEZ - JIMENEZ hasta el momento en que el pensionado falleció, y luego demostrar que, entre la demandante BARRANTES GORDILLO y el pensionado fallecido, se presentó una unión marital con vocación de permanencia por el lapso legal correspondiente exigido en el Artículo 29 Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de igual año; porque, si existiese una convivencia simultánea, con la cónyuge y la compañera, como lo encontró demostrado el ad quem, por disposición del artículo. 27 del citado acuerdo, la vocación para hacerse beneficiaria de la pensión la tiene en primer lugar la cónyuge y a falta de esta, la compañera permanente, entendiéndose que falta el cónyuge, según el texto del Art. 27 numeral 1, literales a, b, c y d del Acuerdo 049 de 1990, en los siguientes eventos:

- a).- Por muerte real o presunta;*
- b).- Por nulidad del matrimonio civil o eclesiástico;*
- c).- Por divorcio del matrimonio civil, y*
- d).- Por separación legal y definitiva de cuerpos y de bienes.*

Como en este caso no acaece ninguna de las hipótesis aludidas, el cargo tampoco tendría la vocación de prosperidad”.

Y más recientemente, en sentencia de 12 de febrero de 2014, rad. SL12186 e interna 45160, expuso:

“El Tribunal no incurrió en los yerros jurídicos que le dirige la censura, por las siguientes razones:

1.- No impartió exégesis alguna respecto del artículo 30 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, ni sostuvo su teoría con jurisprudencia que desarrollara el tema. En esa medida, no pudo incurrir en la errónea interpretación jurídica que se le endilga.

2.- Aplicó el artículo 27 del citado Acuerdo 049, en concordancia con el 58 de la Ley 90 de 1946, las Leyes 33 de 1973 y 71 de 1988, y el Decreto 1160 de 1989, en atención a que el asegurado falleció el 24 de octubre de 1993. Frente a este aserto, sabido es que cuando se reclama la pensión de sobrevivientes la norma a aplicar es la vigente al momento de la muerte del pensionado o del afiliado, en esa medida, es esa normativa y no otra la que gobierna la situación en controversia, cuestión que en casación apoya la recurrente.

Ahora bien, el artículo 27 del Acuerdo 049 de 1990, prevé como beneficiarios de la pensión de sobrevivientes a:

1. En forma vitalicia, el cónyuge sobreviviente y, a falta de éste, el compañero o la compañera permanente del asegurado.

Se entiende que falta el cónyuge sobreviviente:

- a) Por muerte real o presunta;*
- b) Por nulidad del matrimonio civil o eclesiástico;*
- c) Por divorcio del matrimonio civil y,*
- d) Por separación legal y definitiva de cuerpos y de bienes.*

(…)

En consecuencia, a la luz de dicha disposición, vigente en la época en la que se concedió la pensión y su sustitución, es el cónyuge supérstite el beneficiario de la pensión de sobrevivientes y sólo ante la ausencia de éste, la compañera o compañero permanente del causante puede acceder a ese derecho, siempre que se den los presupuestos allí relacionados.

Con otras palabras, fallecido el pensionado o afiliado, si la compañera permanente pretende el derecho prestacional, sólo en el evento de no existir la cónyuge del causante, puede acceder a la pensión.

En el sub lite, la recurrente afirmó que Josefa Álvarez de Celis no convivía con Ricardo Celis Molineros al momento de su fallecimiento, no obstante ser un asunto de índole probatoria imposible de abordar dada la vía escogida, si ello hubiere sido así, no se encuentra ese aspecto (separación de hecho) enlistado en los eventos que dispuso la ley para el efecto, por lo que resulta inane e intrascendente cualquier otra consideración, por lo que la decisión se mantiene incólume e intangible, bajo las presunciones de acierto y legalidad.

Frente al tema controversial, esta Corporación en sentencia CSJ SL, 2 jun. 2009, rad. 34242, sostuvo:

Así las cosas, cuando el Tribunal dedujo que, conforme al artículo 27 del Acuerdo 049 de 1990, el beneficiario de la pensión de sobrevivientes es el cónyuge supérstite, y sólo a falta de éste, la compañera o compañero permanente del causante, no incurrió en yerro hermenéutico alguno frente a tal preceptiva, porque de su texto se infiere, que efectivamente la vocación para sustituir al afiliado o pensionado, la tiene en primer lugar la cónyuge supérstite, aun en el caso de existir convivencia simultánea (sic).

La Corte, al fijar el alcance de la norma aplicable al presente caso, en sentencia del 24 de enero de 2003, radicación 19287, precisó sobre el tema, lo siguiente:

“Si existiese una convivencia simultánea, con la cónyuge y la compañera, como lo encontró demostrado el ad quem, por disposición del artículo. 27 del citado acuerdo, la vocación para hacerse beneficiaria de la pensión la tiene en primer lugar la cónyuge y a falta de esta, la compañera permanente, entendiéndose que falta el cónyuge, según el texto del Art. 27 numeral 1, literales a, b, c y d del Acuerdo 049 de 1990, en los siguientes eventos: a).- Por muerte real o presunta; b).- Por nulidad del matrimonio civil o eclesiástico; c).- Por divorcio del matrimonio civil, y d).- Por separación legal y definitiva de cuerpos y de bienes.

Como en este caso no acaece ninguna de las hipótesis aludidas, el cargo tampoco tendría la vocación de prosperidad”.

Lo anotado obliga en esta oportunidad a precisar tal entendimiento y en ese sentido a rectificar cualquier discrepancia de orden doctrinario que sobre tal punto existiere, pues, como antaño ya lo hubiera dicho la Corte con toda nitidez, la falta de cónyuge a que se refieren disposiciones de la naturaleza anunciada, como otras de similar orden, tal el caso del artículo 6º del Decreto 1160 de 1989 que fuere derogado en lo pertinente por el artículo 4º de la Ley 1574 de 2012, no es restrictiva a los eventos previstos en los literales del referido artículo 27 del Acuerdo 049 de 1990, que al respecto consigna (Negrilla fuera del texto original):

“ARTÍCULO 27. BENEFICIARIOS DE LA PENSION DE SOBREVIVIENTES POR MUERTE POR RIESGO COMUN. Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes por riesgo común, los siguientes derechohabientes:

1. En forma vitalicia, el cónyuge sobreviviente y, a falta de éste, el compañero o la compañera permanente del asegurado.

Se entiende que falta el cónyuge sobreviviente:

- a) Por muerte real o presunta;
- b) Por nulidad del matrimonio civil o eclesiástico;
- c) Por divorcio del matrimonio civil y,
- d) Por separación legal y definitiva de cuerpos y de bienes

(...).

Y ello es así, por cuanto la falta de cónyuge también puede ocurrir, por ejemplo y fuera de las anunciadas eventualidades, por haberse perdido entre los cónyuges la cohabitación o convivencia, elemento esencial de tal clase de vínculos jurídicos, por circunstancias no atribuibles al pensionado fallecido (artículo 7º del Decreto 1160 de 1989); y aún, por haber cesado definitivamente la vida en común con el causante, salvo cuando el cónyuge sobreviviente se hubiera encontrado en imposibilidad de hacerlo porque aquél abandonó el hogar sin justa causa o le impidió su acercamiento o compañía (artículo 30 del citado acuerdo 049 de 1990, aprobado por Decreto 758 de la misma anualidad) consigna (Negrilla y subrayado fuera del texto original).

Es decir, la falta de cónyuge a que se refieren preceptivas como las mencionadas no puede entenderse única y exclusivamente desde la perspectiva de la disolución del vínculo jurídico que ató al causante con el beneficiario de la prestación por sobrevivencia (muerte, nulidad, divorcio y separación legal), sino también, desde la pérdida de su esencialidad, esto es, para estos casos, la causada por dejación definitiva de la comunidad de vida de la pareja (artículo 1501 del Código Civil). No puede ser de otra manera, pues lo que ha entendido la Corte por fuente del derecho pensional de sobrevivencia no es la simple formalidad jurídica que ata al causante con su pareja, sino el hecho real de la convivencia y el apoyo mutuo que en vida se dispensaron durante el término mínimo previsto en la ley, lo cual impone --al producirse el fallecimiento-- mantener o salvaguardar en grado mínimo las condiciones económicas y de seguridad social que en vida común disfrutaban, de suerte que la muerte del causante no deje a ésta, como parte de su núcleo familiar que es, en estado de desprotección y vulnerabilidad consigna (Negrilla fuera del texto original).

No puede olvidarse que desde la óptica del derecho del trabajo, que irradia el de la seguridad social, el juez laboral debe hacer prevalecer la realidad sobre las simples formas, situación que es claramente aplicable a materias como las aquí tratadas. Más aún cuando quiera que, se insiste, disposiciones como las estudiadas, las cuales enmarcan la situación del cónyuge y el compañero permanente sobreviviente, no son taxativas y en ellas mismas se conciben situaciones de exclusión de quien formalmente ostenta la calidad de cónyuge, con base en la ausencia del elemento determinante y esencial de comunidad de vida (Negrilla fuera del texto original).

Como bien se precisó al inicio de la presente providencia, se encuentra demostrado que, mediante sentencia del 24 de septiembre de 1996, proferida por el Juzgado 13 de Familia de Bogotá se decretó la separación de bienes y se disolvió la sociedad conyugal entre Nelson González Albis y María Estrella Gil de González,

según registro civil de matrimonio con nota marginal cumpliéndose así con lo dispuesto en el literal d), numeral 1, artículo 27, Acuerdo 049 de 1990.

De otro lado, en lo que respecta a la convivencia declararon a favor de la demandante, Gina Paola Ibagué en su condición de hija e hijastra del causante, Doris Stella Lozano Mendoza quien dijo haber sido vecina de la actora y del señor Nelson, y Rosa Sandino Castro, quien señaló ser la madrina de las hijas de la señora Consuelo.

Por su parte, Gina Paola Ibagué manifestó que, convivió con el señor Nelson desde su infancia y hasta su fallecimiento; que lo consideraba como su padre; que el causante era técnico de aviación y que viajaba constantemente, pero cuando empezó a enfermarse dejó de viajar, estando más tiempo en la casa, más o menos para el año 1995.

Recalcó que, el causante a raíz de su enfermedad quedó ciego, siendo su progenitora quien lo ayudaba en las labores diarias y lo acompañaba a las citas médicas; que la etapa más crónica de su enfermedad fue en los últimos 4 años anteriores al fallecimiento; que durante ese periodo vio en algunas ocasiones los hijos del causante y la señora Estrella visitándolo, pero quienes siempre estuvieron lidiando con la enfermedad del señor González fue ella, su mamá y hermana.

Agregó que, el señor Nelson dejó de viajar en los últimos 7 años de vida, como para los años 1990 a 1991, resaltando que la enfermedad de su papá fue progresiva, empeorando en los últimos 4 años de vida cuando la EPS Salud Total le negó los servicios de salud.

Doris Stella Lozano Mendoza, relató que conoció a la demandante en el año 1990, porque vivían en el mismo conjunto, naciendo entre ellas una amistad, ya que una de las hijas de la señora Alcantar tenía la misma edad de su hija; que la visitaba cada mes porque la señora Consuelo le pedía el favor de que le hiciera compras y le pagará los servicios, dado que ella no lo podía hacer por estar pendiente de la enfermedad del señor Nelson, que recuerda que el causante se empezó a enfermar en el año 1994, que le consta que la señora Alcantar convivió con el causante desde que los conoció (1990) hasta el día de su fallecimiento (enero 1999), presenciando de

manera directa los cuidados que realizaba la actora con su compañero y las dificultades tanto económicas y médicas que tuvieron que padecer durante este interregno.

Rosa Sandino Castro, dijo que conoció a la señora Consuelo hace muchos años porque eran vecinas, que los visitaba cada 4 a 5 días a la semana, que cuando los visitaba algunas veces estaba el señor Nelson y otras no, ya que viaja porque era técnico en aviación, ausentándose durante 3 o 8 días; que antes de fallecer el señor Nelson duró 3 a 4 años muy mal; que cuando se agravó su enfermedad el causante permaneció más tiempo en su residencia donde convivía con la demandante; que realizó viajes con la pareja; que vio como la señora Consuelo cuidaba del afiliado fallecido durante su enfermedad, incluso le colaboraba para bañarlo y le servían de bastón para que pudiera caminar, ya que no podía ver, también le alcanzaba los alimentos porque en ocasiones ella les cocinaba.

Acotó que, aparece como empleadora de la señora Alcantar en Colpensiones para los años 1997 a 1999, porque tanto la señora Alcantar como su compañero Nelson no tenían dinero para costear los servicios médicos, entonces les hizo el favor de afiliarla, para que pudieran acceder a estos servicios.

Acorde con las anteriores declaraciones, para la Sala estas resultan ser claras, precisas y coincidentes respecto de la convivencia entre la señora Consuelo y el señor Nelson desde 1988, que fue el año en que nació Adriana González Alcantar hija en común entre ellos y hasta el año 1999, fecha de fallecimiento del causante, pues con anterioridad al año 1988, no existe constancia de convivencia por parte de las declarantes, conclusión a la que se llega teniendo en cuenta lo dicho por la señora Gina al señalar que desde su infancia tuvo presente al señor Nelson en su hogar como padre de familia.

Aunado a ello, si bien podría entenderse que respecto de las fechas exactas de los sucesos las testigos fueron contradictorias, toda vez que la señora Gina inicia su relato indicando que su papá dejó de viajar en el año 1995 y más adelante dijo que fue en el año 1990 – 1991, la señora Doris Stella adujo que ese suceso fue en el año 1994, mientras que la señora Rosa sandino dijo que fue 4 años atrás antes del fallecimiento, es decir, para el año 1995; sin embargo, se considera que las versiones

en su integridad coincidieron entre sí, pues en todas ellas se manifestó que el señor Nelson se agravó en los últimos años de vida más o menos entre los años 1994 a 1995, y que a partir de ese momento dejó de viajar y permaneció de manera constante en el hogar conformado con la demandante; téngase en cuenta que la señora Gina explicó en su declaración que la inconsistencia frente a las fechas por ella señaladas, se debía a que la enfermedad de su padre adoptivo fue progresiva, resaltando: *«Lo que pasa es que la enfermedad de mi papá fue algo progresivo porque, o sea, él empezó como a decir, ven, me estoy sintiendo mal, estoy orinando sangre, no puedo dormir, él empezó de ser un hombre que pesaba 120 kg a pesar 45 kg, o sea, fue una cosa progresiva, pero a él se le exacerbaron los últimos 4 años, cuando Salud Total nos negó los servicios»*. En otra parte de su declaración, mencionó: *«eso fue como a partir de cómo el 95, él se empezó a decaer más y más, o sea, cada vez se puso peor, hasta que llegó un momento en que él ya digamos, dependía completamente de mí, de los cuidados de mi mamá»*.

De todas esas versiones, se observa que fue la señora Alcantar la persona que estuvo al cuidado del causante durante sus últimos años de vida apoyándolo durante el padecimiento de su enfermedad, resaltando cada una de ellas que desde que los conocieron como pareja permanecieron unidos bajo el mismo techo y solo se vieron separados por los viajes que debía hacer el señor González por su trabajo los cuales nunca superaron los 8 días, que era el causante quien proveía el sustento de la casa, incluso la testigo Gina Ibagué resaltó que lo consideró siempre como su padre, precisando: *«desde que tengo conciencia, porque él murió cuando yo tenía como 14 o 13 años, entonces sí, aproximadamente, porque yo soy del 85 y él murió en el 99, entonces, pues yo nunca conocí otro papá que no fuera él, porque pues él era el que proveía para la casa todas las cosas, pagaba el colegio, nos recogía y pues fue el único papá que yo conocí»*.

Cabe resaltar que, todas las declarantes son testigos directas respecto de la conformación del núcleo familiar entre la actora con el afiliado fallecido, de manera que sus relatos resultan acordes con la realidad procesal, lo cual además de compasa con la prueba documental aportada al plenario en donde se encuentra formulario de vinculación a salud del señor Nelson con fecha de suscripción 31 de marzo de 1997, en la que aparece la actora en calidad de beneficiaria (f° 29), además de no existir otra prueba con la cual se pueda determinar que el causante a pesar de haber disuelto y liquidado la sociedad conyugal con la señora María Estrella Gil de González hubiese permanecido en comunidad de vida con ella y mantenido el apoyo mutuo entre ellos hasta el día de su deceso, siendo que fue vinculada al proceso.

Tampoco la cónyuge alegó, ni demostró, que la separación se hubiera dado por culpa del fallecido, como para predicar que se encontraba amparada por la excepción prevista en el artículo 30 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990.

Y es que debe precisarse que resulta difícil tener fechas exactas de sucesos que acontecieron alrededor de 22 años desde el momento en que se llevó a cabo la audiencia testimonial (30 de septiembre de 2021), hasta el momento del fallecimiento del causante (22 de enero de 1999), lo importante es lograrse determinar el tiempo de convivencia mínimo requerido por la norma para dar lugar al reconocimiento, frente a lo cual se tiene que el artículo 29 del Acuerdo 049 de 1990, establece:

ARTÍCULO 29. COMPAÑERO PERMANENTE. Para que el compañero o compañera permanente tenga derecho a la pensión de sobrevivientes, se requerirá, que sea soltero o que siendo casado estuviere separado legal y definitivamente de cuerpos y de bienes, y que haya hecho vida marital con el causante durante los tres (3) años inmediatamente anteriores a su fallecimiento, o con la que haya tenido hijos; si en varias mujeres concurren estas circunstancias sólo tendrán un derecho proporcional las que tuvieron hijos con el asegurado fallecido.

Requisitos que se encuentra acreditado por la demandante, tanto por el tiempo mínimo de convivencia previo al fallecimiento como por haber procreado un hijo con él como lo dispone la norma en cita, pues si en gracia de discusión no se tuviera en cuenta de la convivencia desde el año 1988, dado que le causante debía viajar por temas de trabajo, sí quedó plenamente acreditado que desde 1994 al 1999, la pareja convivió bajo el mismo techo, brindándose apoyo afectivo, económico y moral, estando la actora pendiente de él hasta los últimos días de su vida.

En lo que respecta a la declaración dada por la señora Rosa Sandino Castro en relación a la afiliación en calidad de empleadora de la señora Consuelo al ISS, para la Sala no se considera una versión contradictoria, pues ella explicó que tal afiliación se efectuó para que el señor Nelson pudiera tener los servicios de salud dado que habían sido negados por la EPS en la que se encontraba afiliado, dicho que fue confirmado por la actora en su interrogatorio de parte como por la testigo Gina Ibagué, además de que coincide con la fecha de afiliación al ISS del 15 de mayo de 1997, según carné de salud (f° 31) y la fecha de impugnación de la tutela instaurada por el

señor González en contra de Salud Total EPS de fecha 25 de julio de 1997 (f°36 a 45).

Bajo lo expuesto, no cabe duda que la señora Consuelo Alcantar reúne los requisitos para ser beneficiaria de la pensión de sobrevivientes en su calidad de compañera permanente del señor Nelson González.

MONTO DE LA MESADA PENSIONAL

Ahora bien, al avocar la Sala el grado jurisdiccional de consulta a favor de la demandada, advierte que, en torno al monto de la mesada pensional fijada en primera instancia en la suma equivalente a un salario mínimo mensual legal vigente, no fue controvertido, debiendo recordarse que, por disposición legal, tal prestación no puede ser inferior al SMLMV.

En lo que al reconocimiento de la mesada catorce, resulta a todas luces procedente, toda vez que, la prestación se causó con anterioridad a la entrada en vigor del Acto Legislativo 01 de 2005, pues la misma se causó a partir del 22 de enero de 1999.

PRESCRIPCIÓN

En relación con la excepción de prescripción que presentó la demandada, ha de indicarse que, en aplicación del artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, en concordancia con el artículo 488 del CST, las acciones que emanan de las leyes sociales prescriben en tres años, contados desde que la respectiva obligación se hubiese hecho exigible; no obstante, el simple reclamo del afiliado o pensionado recibido por el pagador de su prestación sobre su derecho, interrumpe este fenómeno por un lapso igual.

En el presente asunto, se tiene que el derecho se hizo exigible a partir del 22 de enero de 1999, la demandante presentó solicitud de reconocimiento de indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes en calidad de beneficiaria del señor Nelson González el 29 de septiembre de 2017, como se extrae de la resolución SUB 260712 del 18 de noviembre de 2017 (f° 18), la demanda se instauró el 11 de abril de 2019 (f° 65), de manera que, con la petición del año 2017, se

interrumpió el fenómeno prescriptivo, por lo tanto, las mesadas causadas con anterioridad al 29 de septiembre de 2014, se encuentran prescritas, tal como fue analizado por el Juez de primera instancia.

RETROACTIVO PENSIONAL

Sobre este punto, se precisa que en lo que respecta a la mesada del mes de septiembre de 2014, debió reconocerse de manera completa por parte del *a quo*, dado que las mesadas pensionales se pagan por mensualidades vencidas, tal como lo dispone el artículo 35 del Acuerdo 049 de 1990, y como lo ha enseñado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia (SL1011-2021), por lo que se causación es al 30 de cada mes y si exigibilidad lo es a partir del primer día de mes siguiente; no obstante, como en el sub examine tal aspecto no fue objeto de controversia y la sentencia se revisa en grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones no hay lugar a efectuar modificación alguna sobre ese particular; por lo tanto, para la actualización de la condena del retroactivo se tomará a partir de la fecha establecida por el Juez (30 de septiembre de 2014), hasta la fecha en que se profiere la decisión de segunda instancia (31 de julio de 2023), conforme con lo dispuesto en el artículo 283 del CGP,

Así la cosas y efectuadas las operaciones aritméticas correspondiente, se obtiene un valor de \$102.428.659,33, el cual incluye las mesadas adicionales de junio y diciembre, lo anterior, conforme la siguiente liquidación:

Año	Desde	Hasta	Valor Mesada	No pagos	Retroactivo
2014	30/09/2014	31/12/2014	\$ 616.000	4,23	\$ 2.607.733,33
2015	01/01/2015	31/12/2015	\$ 644.350	14	\$ 9.020.900,00
2016	01/01/2016	31/12/2016	\$ 689.455	14	\$ 9.652.370,00
2017	01/01/2017	31/12/2017	\$ 737.717	14	\$ 10.328.038,00
2018	01/01/2018	31/12/2018	\$ 781.242	14	\$ 10.937.388,00
2019	01/01/2019	31/12/2019	\$ 828.116	14	\$ 11.593.624,00
2020	01/01/2020	31/12/2020	\$ 877.803	14	\$ 12.289.242,00
2021	01/01/2021	31/12/2021	\$ 908.526	14	\$ 12.719.364,00
2022	01/01/2022	31/12/2022	\$ 1.000.000	14	\$ 14.000.000,00
2023	01/01/2023	31/07/2023	\$ 1.160.000	8	\$ 9.280.000,00
Valor Retroactivo					\$ 102.428.659,33

A partir del 1 de agosto de 2023, la demandada deberá pagar debidamente ajustada la mesada pensional a la que tiene derecho la actora, con sus respectivos reajustes legales y mesadas adicionales. A su vez, se autoriza a la entidad enjuiciada

para que descuenta del retroactivo pensional, las cotizaciones que por mandato legal deben realizarse con destino al sistema de seguridad social en salud, tal como lo ordenó el *a quo*.

Por lo anterior, se modificará el ordinal quinto de la sentencia consultada.

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de la demandada Colpensiones, como quiera que su recurso de alzada no prosperó.

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

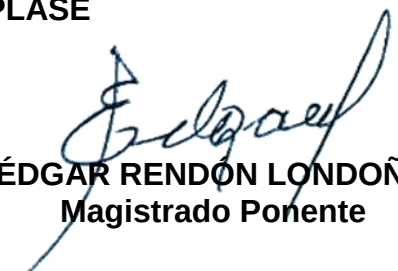
RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR el ordinal quinto la sentencia consultada, proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de **ORDENAR** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** a pagar a favor de la señora Consuelo Alcantar Reyes, la suma de \$102.428.659,33, por concepto de retroactivo pensional desde el 30 de septiembre de 2014 al 31 de julio de 2023. A partir del 1 de agosto de 2023, la demandada deberá pagar debidamente ajustada la mesada pensional a la que tiene derecho la actora, con sus respectivos reajustes legales y mesadas adicionales.

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

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo Colpensiones.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

AUTO DEL PONENTE:

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



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

República de Colombia



Libertad y Orden

Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL
Corregir lo siguiente:

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	11001310501820190026701
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	WINDY HASBLEIDY CAMACHO
DEMANDADO	HOTEL BOGOTÁ CENTER S.A.S. y MARÍA IRENE TOVAR PÉREZ

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

SENTENCIA:
ANTECEDENTES

Pretende la señora **Windy Hasbleidy Camacho** se **declare** la existencia de dos contratos laborales a término indefinido, el primero que inició el 22 de septiembre de 2016, y culminó el 22 de octubre de 2017, el segundo, que inició el 20 de mayo de 2018, y culminó el 31 de diciembre de 2018; se **declare** que los dos contratos terminaron sin justa causa.

Como consecuencia de lo anterior, se **condene** a las demandadas al reconocimiento y pago de auxilio a las cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, compensación de vacaciones, aportes a pensión, aportes a caja de compensación familiar; durante la vigencia de toda la relación laboral; que se **condene** a la sanción moratoria contemplada en el artículo 65 del CST, indemnización por despido sin justa causa, sanción por no pago de los intereses a las cesantías, por no consignación a las cesantías, indexación, costas procesales y a lo que resulte probado ultra y extra petita (fº 5 y 6).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fº. 3 y 4), señaló en síntesis, que fue vinculada por los demandados a través de dos contrato verbales a término

indefinidos, el primero de ellos que inició el 22 de septiembre de 2016, y el otro el 20 de mayo de 2018; que en ambos se desempeñó como recepcionista; que devengó en el primer contrato como salario la suma de \$1.050.000, y en el segundo, la suma de \$1.200.000; que durante la vigencia de los contratos descritos, las demandadas no la afiliaron, ni le efectuaron aportes a seguridad social como tampoco le pagaron prestaciones sociales.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

A través de auto del 12 de diciembre de 2019. el Juez de primera instancia designó curadora ad litem para la representación legal del **HOTEL BOGOTÁ CENTER S.A.S** con su correspondiente emplazamiento (f°42), en el término de traslado la curadora ad litem designada dio contestación señalando no constarle ninguno de los de los hechos de la demanda y no propuso ninguna excepción de fondo (f° 47 y 48).

La demandada **MARÍA IRENE TOVAR PÉREZ** se notificó personalmente de la presente demanda (f° 26); sin embargo, guardó silencio por lo que, mediante providencia del 12 de diciembre de 2019, se tuvo por no contestada la demanda (f°41).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 27 de enero de 2021 (f° 56 y 57 – CD f° 55), resolvió:

PRIMERO: ABSOLVER a la sociedad **HOTEL BOGOTÁ CENTER S.A.S.** de todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra por la demandante, de conformidad con las motivaciones que anteceden.

SEGUNDO: CONDENAR en costas a la parte demandante, señalándose como agencias en derecho la suma de \$200.000.

Para fundamentar su decisión, hizo referencia a la carga de la prueba que le incumbe a las partes, señalando que la parte actora aportó como medios de prueba dos certificaciones laborales suscritas por la María Irene Tovar en calidad de administradora del Hotel Bogotá Center SAS, en la cual se registraba que la señora Windy Camacho laboraba al servicio de la sociedad demandada en el cargo de recepcionista desde el 22 de septiembre al 22 de octubre de 2017, a través de un contrato de trabajo a término indefinido, documento que había sido expedido el 11 de diciembre de 2017, y una segunda certificación que establecía que la actora laboraba para la sociedad demandada en el cargo de recepcionista desde el 20 de mayo de 2018 al 31 de diciembre de 2018, expedida el 20 de febrero de 2019.

Paso seguido, la *a quo* hizo relación al interrogatorio de parte rendido por la actora, concluyendo que teniendo en cuenta los medios de prueba descritos no era posible tener por demostrado el contrato de trabajo en los términos indicados en la demanda, pues si bien las certificaciones aludían algunos elementos constitutivos del nexo laboral como los extremos laborales y la actividad o laboral que ejecutaba la demandante, a su juicio no era posible determinar a favor de quien se había prestado esas actividades, puesto que de las certificaciones allegadas no se podía tener certeza que la señora Tovar Pérez las hubiera expedido teniendo en cuenta que se trataba de un documento Word sin ningún logotipo, por tanto, no era factible tener pleno convencimiento sobre su autor para determinar su autenticidad.

Acotó que, le llamaba la atención que las firmas o rubricas que aparecían en dichas certificaciones no eran similares, ni coincidían entre sí, como tampoco coincidían con la firma que había plasmado la señora Tovar en la diligencia de notificación personal llevada a cabo el 13 de agosto de 2019 ante el Juzgado; aunado a ello, tampoco existía medio de prueba que demostrará que la señora Tovar Pérez se encontraba vinculada a la sociedad Hotel Bogotá Center SAS, que tenía la calidad de administradora del mismo y que en virtud de ese cargo tenía la facultad de expedir certificaciones a nombre de la sociedad.

De otro lado, dijo que la demandante en interrogatorio de parte había manifestado que María Tovar era socia del hotel demandado, afirmación que tampoco contaba con respaldo probatorio, ya que verificado el certificado de representación y existencia legal de la empresa se advertía que se trataba de una sociedad por acciones simplificada. En cuanto al indicio que recayó en la demandada persona natural ante la falta de contestación a la demanda y su inasistencia a las audiencias programadas tampoco permitían evidenciar que efectiva y realmente la accionada fungiera empleadora de la actora, debiéndose tener en cuenta que la promotora del proceso no hacía ninguna alusión a que dicha señora fuera la persona que le daba órdenes e instrucciones y sus manifestaciones llevaban a entender que las actividades que desarrollaba no fueran en favor única y exclusivamente de aquella para tenerla como su empleadora.

Agregó que, tampoco se tenía certeza de quien le pagaba el salario, pues en el interrogatorio de parte rendido la señora Windy, tan solo se había limitado a decir que el pago del salario era diario y en dinero en efectivo, sin mediar prueba alguna que corroborara dicha situación, ni haber quedado acreditado de manera suficiente que esos pago los efectuaba la demandada persona natural para así tener por demostrado

el vínculo con esta, debiéndose tener en cuenta que si bien la actora señaló en el interrogatorio de parte las funciones, el cargo que desempeñaba, los extremos temporales y el salario, no era factible con dichas manifestaciones tener por acreditado el contrato de trabajo alegado.

Por lo anterior, el Juzgado concluyó que no se acreditaba que la labor desempeñada por la actora lo fuera en favor y en beneficio de las demandadas o de alguna de estas para tener por demostrada la existencia del contrato de trabajo en los términos relatados en la demanda; por consiguiente, absolvió a la sociedad Hotel Bogotá Center y la señora María Irene Tovar de todas y cada una de las pretensiones de la demanda.

RECURSO DE APELACIÓN

La señora **WINDY HASBLEIDY CAMACHO** impetró recurso de apelación, manifestando que la juez de primera instancia había considerado que no era posible tener por demostrado el contrato de trabajo porque no se había podido acreditar a nombre de quien se había prestado el servicio, situación por la cual se oponía teniendo en cuenta que entre las pruebas aportadas, esto es, con las certificaciones emitidas por la señora María Irene Tovar claramente se había demostrado que la señora Windy Camacho desempeñó sus funciones en el Hotel Bogotá Center dentro de las fechas que allí se estipulaban, documentos que en ningún momento sufrieron ningún tipo de tacha para determinar si realmente la firma era o no de la señora María Irene Tovar.

Resaltó que, se estaba haciendo una apreciación sin tenerse en cuenta ningún concepto técnico de perito alguno que hubiese manifestado dentro del proceso que realmente no era la firma de la señora demandada, por lo que no resultaba factible que con solo hacerse la comparación de firmas se dijera que no coincidían para determinar que las certificaciones no fueron expedidas por la señora Tovar; que de los documentos aportados aparecía estipulado palmariamente los extremos de la relación laboral y salario con los cuales se demuestra que se prestó el servicio para el Hotel Bogotá center.

En cuanto a los argumentos de la sentenciador de primera instancia, en que refiere que no se demostró que la señora María Irene Tovar era socia del Hotel demandado, indicó que en el interrogatorio de parte rendido por la demandante, dijo que era socia porque así era como ella se lo hacía saber dentro de su entorno laboral; además de ser la persona que le daba órdenes, cumpliendo así sus funciones como empleadora; también se mencionó en el interrogatorio de parte que el salario se

pagaba diario, por lo que no resulta admisible que se dijera que no se había cumplido con lo dispuesto en el artículo 191 del CGP, toda vez que el numeral primero del mencionado artículo dice «*que el confesante tenga capacidad para hacerla y poder dispositivo sobre el derecho que resulte de lo confesado*», cumpliéndose claramente con ese requisito; así como con la carga de prueba que le incumbía.

CONSIDERACIONES

Problema jurídico

De conformidad con el recurso de alzada corresponde está Sala decisión establecer: *i)* si se encuentra acreditada la existencia de una relación laboral entre la parte actora y las demandadas, acorde con las pruebas obrantes en el informativo; *ii)* en caso afirmativo, si hay lugar a condenar al pago de acreencias laborales e indemnizaciones solicitadas.

Existencia del contrato laboral

Al respecto, se tiene que el artículo 24 del CST establece «*se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo*». Así pues, le basta al trabajador, probar con suficiente rigor la prestación del servicio, para amparar dicha relación bajo las características de un contrato laboral, correspondiéndole al empleador, en consecuencia, desvirtuar su existencia objetando bien sea el tipo de prestación personal de trabajo, o bien, la existencia de subordinación laboral.

Así, quien pretenda la declaratoria de un contrato de trabajo, debe acreditar, por lo menos la prestación personal del servicio y los extremos temporales en los cuales afirma se desarrolló la labor, para dar aplicación a la presunción contenida en el artículo 24 del CST (CSJ SL, 1.º jul. 2009, rad. 30437, CSJ SL, 5 ag. 2009, rad. 36549, CSJ SL, 13 abr. 2010, rad. 34223, CSJ SL, 6 mar. 2012, rad. 42167, CSJ SL6621-2017, CSJ SL2536-2018, CSJ SL1166-2018, CSJ SL460-2021, entre otras).

Sobre el tema la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en sentencia CSJ SL 2536-2018, indicó:

*Esta Sala ha reiterado que **la declaratoria de la existencia del contrato de trabajo está precedida de la obligación de acreditar la actividad personal del servicio del trabajador en favor del empleador demandado**, situación que no se predica de la subordinación jurídica continuada, pues, pese a ser el elemento distintivo y esencial del vínculo laboral, recae sobre aquél la presunción legal del artículo 24 CST,*

que releva su demostración sin perjuicio de que pueda ser desvirtuada. (Negrilla y subrayado fuera del texto original).

En el *sub examine*, se tiene que la juez de primera instancia le restó valor probatorio a las certificaciones laborales que fueron aportadas por la parte actora como medio de prueba de la existencia de la relación laboral alegada, puntualmente porque con las mismas, consideró que no se tenía certeza a favor de quien se prestaba el servicio, como tampoco de su autenticidad.

Por lo tanto, se hace necesario entrar a analizar por parte de la Sala dicha documental, a fin de establecer con base en los principios de la sana crítica lo que estos evidencian (art. 61 CPTSS). Dentro del informativo reposan a folios 19 y 20, las siguientes certificaciones:

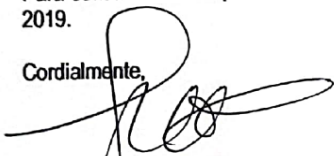
MARIA IRENE TOVAR PEREZ, mayor de edad, identificada con la cedula de ciudadanía No 51'652.796 de Bogotá, actuando como administradora del Hotel Bogotá Center SAS

CERTIFICO QUE:

La señora **WINDY HASBLEIDY CAMACHO**, quien se identifica con la cedula de ciudadanía No 1012432399 de Bogotá, laboro en el Hotel Bogotá Center SAS, en el cargo de recepcionista, desde el día 20 de mayo de 2018 al 31 de diciembre de 2018, por medio de un contrato laboral indefinido. Durante todo el periodo laborado demostró ser una trabajadora con grandes cualidades, buen trato personal y capacidad de liderazgo, eficiente y responsable.

Para constancia se expide en la ciudad de Bogotá D.C., a los 20 días del mes de febrero del año 2019.

Cordialmente,



MARIA IRENE TOVAR PEREZ
C.C. No 51'652.796 de Bogotá

Certifica:

Mediante la siguiente, se hace constancia de que la señora **Wendy Hasbleidy Camacho** con cedula de ciudadanía número **1.012432.399** de Bogotá laboro en el hotel Bogotá center desempeñando el cargo de recepcionista en el periodo comprendido del 22 de septiembre 2016 al 22 de octubre del 2017 con un contrato laboral indefinido Durante todo el periodo laboral demostro ser una trabajadora con grandes cualidades, buen trato personal y capacidad de liderazgo, eficiente y responsable

Se expide a solicitud del interesado a los 11 días del mes del mes de diciembre 2017

Cordialmente



Irene Tovar
CC.: 51.652.796 de Bogotá
Tel: 3118650216
Administrador

Aun cuando dichas certificaciones dan cuenta de la presunta prestación del servicio de la señora Windy Camacho para el Hotel Bogotá Center S.A.S., lo cierto es que estas no contienen ningún membrete, logotipo, sello u otro distintivo que permita inferir inequívocamente, que las mismas provienen o fueron expedidas por el referido hotel como empleador.

A lo anterior se suma que, estas certificaciones se encuentran suscritas por la señora Irene Tovar quien afirma actúa en calidad de administradora del hotel accionado; no obstante, en el informativo no obran elementos probatorios que permitan colegir que la referida señora Tovar fuera realmente la administradora del Hotel Bogotá Center S.A.S., mucho menos se encuentra demostrado que esta tuviera la potestad o la facultad de expedir este tipo de certificaciones a nombre de dicha sociedad.

En este orden, si bien no podría cuestionarse que esa pueda ser la firma de la señora Tovar, pues como bien lo refiere el apelante dichos documentos no fueron tachados de falsos, ni controvertidos por la persona natural que los expidió, lo cierto es que para la Sala no existe certeza que estos provengan del demandado Hotel Bogotá Center S.A.S., tal y como se explicó en líneas anteriores.

Se suma a lo dicho que, como bien lo precisó la Juez de primera instancia, la señora Tovar tampoco aparece como representante legal o suplente del Hotel Bogotá center S.A.S. dentro del certificado de existencia y representación legal expedida por la Cámara de Comercio de Bogotá que reposa en el plenario, no siendo suficiente presumir tal calidad por el solo hecho de que la demandante hubiese manifestado en interrogatorio de parte que de ese modo se identificaba ella en su entorno laboral, puesto que para poder llegar a dicha conclusión se necesitaba de otros medios de convicción con los cuales se pudiera tener certeza de tal afirmación.

En este orden, analizados estos medios probatorios a la luz de la sana crítica de conformidad con lo dispuesto en el artículo 61 del CPTSS, para esta Sala de Decisión, los mismos no permiten inferir la existencia del contrato de trabajo, dadas las características que estos tienen; además, tampoco se allegó al informativo ningún otro medio probatorio que pudiera ratificar y acreditar con fehacientemente la procedencia de los certificados aludidos a fin de poderse considerar que en efecto prestó sus servicios al hotel Bogotá Center S.A.S. y con ello dar lugar a la presunción de la existencia del contrato laboral, brillando por su ausencia la carga probatoria que tenía la parte demandante en acreditar la personal prestación del servicio a favor de las demandadas, acorde con lo previsto en el artículo 167 del CGP. Sobre el particular,

se tiene que la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, en sentencia CSJ SL, 6 mar. 2012, rad. 42167, precisó:

Como consideraciones de instancia, a más de las expresadas al estudiar el cargo, recuerda la Corte que la circunstancia de quedar demostrada la prestación personal del servicio, debiéndose presumir la existencia del contrato de trabajo en los términos del artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, no releva al demandante de otras cargas probatorias, pues además le atañe acreditar ciertos supuestos transcendentales dentro de esta clase de reclamación de derechos, como por ejemplo los extremos temporales de la relación, el monto del salario, su jornada laboral, el trabajo en tiempo suplementario si lo alega, el hecho del despido cuando se demanda la indemnización por terminación del vínculo sin justa causa, entre otros (Subrayado fuera del texto original).

De antaño se ha considerado como principio universal en cuestión de la carga probatoria, que quien afirma una cosa es quien está obligado a probarla, obligando a su vez a quien pretende o demanda un derecho, que alegue y demuestre los hechos que lo gestan, o aquellos en que se funda, desplazándose la carga de la prueba a la parte contraria, cuando se opone o excepciona aduciendo en su defensa hechos que requieren igualmente de su comprobación, debiendo desvirtuar la prueba que el actor haya aportado como soporte de los supuestos fácticos propios de la tutela jurídica efectiva del derecho reclamado. (Negrilla y subrayado fuera del texto original).

Bajo tales postulados, le asiste razón al Juez de primera instancia en la absolución de las condenas, toda vez que al no acreditarse la prestación personal del servicio por parte de la señora Windy Camacho a favor de las llamadas a juicio, no da lugar a la presunción contemplada en el artículo 24 del CST; por lo tanto, no resulta posible declarar la existencia de la relación laboral con el hotel por el solo hecho de que se expidieran unas certificaciones laborales, pues para reputarse como ciertos los hechos consignados en ellas, debía tenerse pleno convencimiento de que los documentos provienen o fueron emitidos por el hotel en calidad de empleador, o que quien las expidió tuviera la facultad de hacerlo en calidad de representante o administrador de la sociedad, lo que se itera, no aparece demostrado.

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

COSTAS

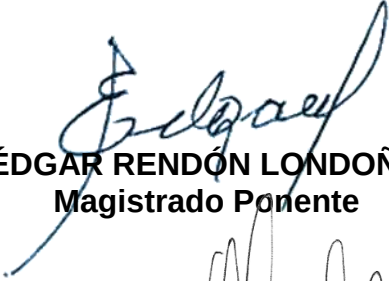
Costas en esta instancia a cargo de la parte actora, como quiera que su recurso de alzada no prosperó, de conformidad con lo señalado en el numeral 1 del artículo 365 del CGP.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la decisión de primera instancia, proferida por el Juzgado Dieciocho laboral del Circuito de Bogotá, de fecha 27 de enero de 2021, conforme a lo expuesto en la parte considerativa de esta decisión.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

AUTO DEL PONENTE:

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la demandante en la suma de \$580.000.



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

República de Colombia



Libertad y Orden

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

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	110013105026201900254-01
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	ÓSCAR HERNANDO MAYORGA GUTIÉRREZ
DEMANDANDO	- UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL, REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO DE LA MALLA VIAL - FONDO DE PRESTACIONES ECONÓMICAS, CESANTÍAS Y PENSIONES -FONCEP-

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

SENTENCIA:

ANTECEDENTES

Pretende el señor Óscar Hernando Mayorga Gutiérrez se condene a las demandadas al reconocimiento y pago de las diferencias que existan entre las mesadas adicionales convencionales y legales, dado que no le están pagando las mesadas adicionales convencionales, los intereses de mora sobre cada diferencia adeudada, ultra y extra petita, y a las costas y agencias en derecho.

Como hechos fundamento de las pretensiones (f.º 6-7 exp. físico), señaló que laboró durante 22 años para la Secretaría de Obras Públicas; que mediante sentencia del 30 de noviembre de 2009, el Tribunal Superior de Bogotá se le reconoció pensión convencional a partir del 9 de enero de 2004, data en que cumplió 55 años de edad; que el FONCEP interpuso recurso de casación, pero la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 28 de mayo de 2015 NO CASO la sentencia recurrida; que al dar cumplimiento de las sentencias, las demandadas de forma unilateral se abstuvieron de pagarle las mesadas adicionales que le corresponde; y que agotó la reclamación administrativa.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

La UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL, REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO DE LA MALLA VIAL, contestó la demanda (f.º 75-82 exp. Físico), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos los aceptó en su mayoría excepto el que tiene que ver con que se abstuvieron de pagarle las mesadas adicionales, pues considera que dieron estricto cumplimiento al fallo judicial.

En su defensa propuso como excepciones de fondo las de, falta de legitimación en la causa por pasiva, prescripción, falta de causa para pedir, *«cosa juzgada/ improcedencia de los intereses/ improcedencia de la indexación/ improcedencia del reclamo sobre el monto de la pensión»*, no procedencia de las mesadas reclamadas, e incompatibilidad entre la pensión de vejez y la pensión convencional.

El FONCEP, contestó la demanda (f.º 83-86 exp. Físico), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos los aceptó en su mayoría excepto el que tiene que ver con que se abstuvieron de pagarle las mesadas adicionales, dado que la Unidad Administrativa Especial, Rehabilitación y Mantenimiento de la Malla Vial había dado estricto cumplimiento al fallo judicial.

Propuso como excepciones de fondo las de, falta de legitimación para comparecer al proceso, falta de condiciones fácticas para acceder a mesada adicional, prescripción de las mesadas pensionales, y la genérica.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, remitió el proceso al Juzgado Segundo Laboral Transitorio de Bogotá D.C., en virtud del acuerdo PCSJA21-11766 del 11 de marzo de 2021, quien mediante sentencia del 08 de septiembre de 2021 (archivo 148-150 exp físico), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR que al señor ÓSCAR HERNANDO MAYORGA GUTIÉRREZ le asiste derecho al reconocimiento y pago de las mesadas adicionales de junio y diciembre, respecto de la pensión de jubilación convencional que actualmente devenga.

SEGUNDO: CONDENAR al FONDO DE PRESTACIONES ECONÓMICAS, CESANTÍAS Y PENSIONES "FONCEP" a pagar al demandante ÓSCAR HERNANDO MAYORGA GUTIERREZ las mesadas adicionales de junio y diciembre, respecto de la pensión de jubilación convencional reconocida al actor.

TERCERO: CONDENAR al FONDO DE PRESTACIONES ECONÓMICAS, CESANTÍAS Y PENSIONES "FONCEP" a pagar al demandante OSCAR HERNANDO MAYORGA GUTIERREZ la suma de \$12.633.667, por concepto de diferencias entre las mesadas pensionales legal y convencional adicionales de junio y diciembre, causadas desde el 21 de marzo de 2016 al 31 de agosto de 2021, cifra que deberá ser indexada al momento de su pago efectivo. No obstante, lo anterior, se autoriza a FONCEP para que del retroactivo pensional efectuó los descuentos legales para el sistema general de seguridad social en salud.

CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas por las demandadas, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la sentencia, parcialmente probada la excepción de prescripción frente a las diferencias pensionales causadas con anterioridad al 21 de marzo de 2016; y respecto de la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE MANTENIMIENTO Y REHABILITACIÓN DE LA MALLA VIAL se declara probada la excepción de FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA.

QUINTO: COSTAS de la instancia a cargo de las demandadas como se dijo en la parte motiva.

La *a quo* fijó como problema jurídico determinar si le asistía derecho al demandante a que la Unidad Administrativa Especial, Rehabilitación y Mantenimiento

de la Malla Vial o en defecto el FONCEP le reconozca y pague las mesadas adicionales de la pensión de jubilación convencional que percibe desde el 09 de enero de 2004.

Indicó que, se encontraban probado los siguientes hechos: i) que a través de sentencia del 30 de noviembre de 2009, la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, le concedió al actor una pensión de jubilación convencional a partir del 09 de enero de 2004; ii) que a partir del 25 de agosto de 2016 el FONCEP sustituyó a la Unidad Administrativa Especial, Rehabilitación y Mantenimiento de la Malla Vial en el pago de la pensión convencional en mención; iii) que a través de Resolución 700 del 20 de mayo de 2009 el FONCEP reconoció una pensión de vejez a favor del señor ÓSCAR HERNANDO MAYORGA GUTIERREZ, en cuantía de \$ 1.104.254, efectiva a partir del 09 de enero de 2009, la cual tenía el carácter de compartida con la de jubilación convencional; y iv) que mediante Resolución 385 del 18 de julio de 2016, la Unidad Administrativa Especial, Rehabilitación y Mantenimiento de la Malla Vial dio cumplimiento a la decisión judicial y ordenó reconocer y pagar al demandante una pensión de jubilación convencional a partir del 9 de enero de 2004.

Como fundamento de su decisión señaló que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia (sentencia CSJ SL3638-2021 y SL 3340-2020), había avalado la procedencia de las mesadas adicionales de junio y diciembre en las pensiones convencionales, señalando que estas fueron creadas en dos momentos distintos: la primera, a través del artículo 5º de la Ley 4ª de 1976 recogido en el artículo 50 de la Ley 100 de 1993 y, la segunda, a través del artículo 142 de la misma norma sustancial, y la mesada de junio que inicialmente se había establecido para un grupo de personas selectas, a través de la sentencia CC C-409 de 1994 se hizo extensivo a todos los pensionados sin excepción; y que el Acto Legislativo 01 de 2005, suprimió la mesada catorce para quienes se pensionaran a partir de su entrada en vigencia (29 de julio de 2005), salvo para aquellas personas que percibieran una mesada igual o inferior a tres veces el salario mínimo legal, y cuyo derecho se causara antes del 31 de julio de 2011, es decir, después de esta fecha la mesada catorce analizada dejó de existir.

Acorde con anterior, expuso que era evidente que al actor la pensión de jubilación convencional se le había reconocido únicamente con 12 mesadas, cuando lo correcto era hacerlo sobre 14 mesadas, pues su prestación se causó en enero de 2004, es decir, con anterioridad a la vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005 y, por tanto, este no le era aplicable.

Respecto de la excepción de cosa juzgada propuesta por el apoderado de la Unidad Administrativa Especial, Rehabilitación y Mantenimiento de la Malla Vial, señaló que no había lugar a declararla probada, porque al revisar la sentencia del 30 de noviembre de 2009 proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, era evidente que nada se había dicho respecto de las mesadas adicionales de junio y diciembre, luego ese asunto no había sido abordado en esa oportunidad.

Concluyó que, al promotor del litigio le asistía derecho al reconocimiento y pago de las mesadas adicionales de junio y diciembre respecto de la pensión de jubilación convencional, pago que estaría a cargo del FONCEP.

Posteriormente pasó a estudiar la excepción de prescripción, argumentando que el actor había reclamado el pago de éstas, el 21 de marzo de 2019, y había presentado la demanda el 11 de abril de 2019, por lo que en virtud de los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS, declararían prescriptas las mesadas pensionales adicionales causadas con anterioridad al 21 de marzo de 2016.

Seguidamente procedió a liquidar las diferencias entre lo pagado por mesadas adicionales en la pensión de vejez y la pensión de jubilación convencional, y conforme a la liquidación emitió las condenas, así:

MESADA CONVENCIONAL a 2016: 2.433.505			
PERIODO	VARIACIÓN PORCENTUAL ANUAL	MESADA	MESADA AJUSTADA
2016 - 2017	5.75%	2.433.505	2.573.431
2017 - 2018	4.09%	2.573.431	2.678.684
2018 - 2019	3.18%	2.678.684	2.763.867
2019 - 2020	3.80%	2.763.867	2.868.894
2020 - 2021	1.61%	2.868.894	2.915.083

MESADA LEGAL a 2016: 1.393.161			
PERIODO	VARIACIÓN PORCENTUAL ANUAL	MESADA	MESADA AJUSTADA
2016 - 2017	5.75%	1.393.161	1.473.267
2017 - 2018	4.09%	1.473.267	1.533.524
2018 - 2019	3.18%	1.533.524	1.582.290
2019 - 2020	3.80%	1.582.290	1.642,417
2020 - 2021	1.61%	1.642,417	1.668.860

Retroactivo 2016

- mesada convencional: 2.433.505
- mesada legal: 1.393.161
- diferencia: 1.040.344
- retroactivo: **2.080.688**

Retroactivo 2017

- mesada convencional: 2.573.431
- mesada legal: 1.473.267
- diferencia: 1.100.164
- retroactivo: **2.200.328**

Retroactivo 2018

- mesada convencional: 2.678.684
- mesada legal: 1.533.524
- diferencia: 1.145.160
- retroactivo: **2.290.320**

Retroactivo 2019

- mesada convencional: 2.763.867
- mesada legal: 1.582.290
- diferencia: 1.181.577
- retroactivo: **2.363.154**

Retroactivo 2020

- mesada convencional: 2.868.894
- mesada legal: 1.642,417
- diferencia: 1.226.477
- retroactivo: **2.452.954**

Retroactivo 2021

- mesada convencional: 2.915.083
- mesada legal: 1.668.860
- diferencia: 1.246.223
- retroactivo (mesada adicional junio): **1.246.223**

Adicionalmente, advirtió que no eran procedentes los intereses moratorios consagrados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, porque la fuente normativa de la prestación bajo análisis era convencional y no la mencionada Ley 100, citó la sentencia CSJ SL3286-2021, pero en subsidio las diferencias en las mesadas adicionales adeudadas debían ser indexadas.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte **demandante** interpuso recurso de apelación de forma parcial frente a los intereses moratorios, por considerar que el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, sí era aplicable a este asunto, porque las demandadas incurrieron en mora del reconocimiento y pago de esas mesadas adicionales, pese a saber que la prestación del actor se había causado antes de la entrada en vigor del Acto Legislativo 01 de 2005.

El **FONCEP** sustentó el recurso de apelación en que el reconocimiento de la pensión de jubilación convencional del actor no se hizo con anterioridad al Acto Legislativo 01 de 2005, pues si bien dicha pensión se reconoció a partir de enero de 2004, lo cierto era que a partir de enero de 2009, pasó a ser compartida con la legal, y por ello perdió las características convencionales, para pasar a ser legal.

Considera que como la pensión legal se reconoció en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, la pensión convencional al quedar compartida con la legal en el año 2009 debe considerarse como una sola legal, y por ello le era aplicable dicho Acto Legislativo 01 de 2005, y por virtud de que él devengaba más de 3 SMMLV, perdió el derecho a la mesada catorce.

Advirtió que, en la mesada legal siempre ha cancelado la mesada trece y la catorce, por ende, la liquidación realizada por el *a quo* era equivocada, porque no se tuvo en cuenta ese pago.

La **Unidad Administrativa Especial, Rehabilitación y Mantenimiento de la Malla Vial**, coadyuva la apelación del FONCEP.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, por el FONCEP coadyubado por la Unidad Administrativa Especial, Rehabilitación y Mantenimiento de la Malla Vial, así como en el grado jurisdiccional de consulta en favor de las demandadas de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del CPTSS.

En el presente asunto no es materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: *i)* que al señor Oscar Hernando Mayorga Gutiérrez mediante Resolución 700 del 20 de mayo de 2009, expedida por el FONCEP se le reconoció pensión legal de vejez de conformidad con la Ley 33 de 1985, a partir del 09 de enero de 2009, en cuantía inicial de \$1.104.254, en razón de 14 mesadas pensionales; *ii)* que a través de sentencia del 30 de noviembre de 2009, emitida por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, se revocó la providencia de primera instancia -absolutoria-, y en su lugar se condenó a Bogotá D.C., reconocerle y pagarle al aquí demandante una pensión de jubilación convencional a partir del 9 de enero de 2004, con todos los incrementos legales y convencionales; y *iii)* por medio de la Resolución 385 del 18 de julio de 2016, la Unidad Administrativa Especial, Rehabilitación y Mantenimiento de la Malla Vial dio cumplimiento a la sentencia judicial en mención, ordenando el reconocimiento de una pensión de jubilación convencional a partir del 09 de enero de 2004, en cuantía inicial de \$1.263.723, en 12 mesadas anuales, la cual se compartió con la pensión legal a partir del 09 de enero de 2009, quedando a su cargo solo el mayor valor. Adicionalmente que mediante Auto SPE_GP 0405 del 25 de agosto de 2016, se resolvió que el FONCEP sustituiría a la Unidad Administrativa Especial, Rehabilitación y Mantenimiento de la Malla Vial en el pago ordenado en la Resolución 385 del 18 de julio de 2016.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, de un lado, si el actor tiene derecho a que se le paguen las

mesadas adicionales de junio y diciembre en la pensión de jubilación convencional, o si por el contrario este derecho se perdió al compartirse esa prestación con la legal; y de otro, si respecto de las diferencias causados con ocasión de las mesadas adicionales de la pensión de jubilación convencional, hay lugar al reconocimiento y pago de intereses moratorios.

DE LAS MESADAS ADICIONALES EN PENSIONES DE ORIGEN CONVENCIONAL

Advierte la Sala que las mesadas adicionales son de creación legal, así por ejemplo la mesada adicional de diciembre se estableció inicialmente en el artículo 5º de la Ley 4ª de 1976, el cual fue recogido por el artículo 50 de la Ley 100 de 1993, que puntualmente establece:

ARTÍCULO 50. MESADA ADICIONAL. Los pensionados por vejez o jubilación, invalidez y sustitución o sobrevivencia continuarán recibiendo cada año, junto con la mesada del mes de Noviembre, en la primera quincena del mes de Diciembre, el valor correspondiente a una mensualidad adicional a su pensión.

Y la mesada catorce tal como lo explicó la juez de primera instancia, se fijó en el artículo 142 de la misma Ley 100 de 1993, así:

ARTÍCULO 142. MESADA ADICIONAL PARA ACTUALES PENSIONADOS. *<Expresiones tachadas INEXEQUIBLES> Los pensionados por jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes, de sectores públicos, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, en el sector privado y del Instituto de Seguros Sociales, así como los retirados y pensionados de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, ~~cuyas pensiones se hubiesen causado y reconocido antes del primero (1o) de enero de 1988~~, tendrán derecho al reconocimiento y pago de treinta (30) días de la pensión que le corresponda a cada uno de ellos por el régimen respectivo, que se cancelará con la mesada del mes de junio de cada año, a partir de 1994.*

~~*Los pensionados por vejez del orden nacional, beneficiarios de los reajustes ordenados en el decreto 2108 de 1992, recibirán el reconocimiento y pago de los treinta días de la mesada adicional solo a partir de junio de 1996.*~~

PARÁGRAFO. *Esta mesada adicional será pagada por quien tenga a su cargo la cancelación de la pensión sin que exceda de quince (15) veces el salario mínimo legal mensual.*

Los aportes tachados fueron declarados inexecutable por la Corte Constitucional a través de la sentencia C-409-1994, al considerar que esa exclusión quebrantó la prohibición suprallegal de crear situaciones discriminatorias al interior de los mismos grupos de jubilados «*otorgando privilegios para unos en detrimento de los otros, al restringir el ejercicio del derecho a la misma mesada adicional sin justificación alguna, para aquellos pensionados jubilados con posterioridad al 1o. de Enero de 1988*». Por tanto, la mesada adicional de junio que se instituyó para beneficiar a un grupo selecto se extendió a todos los pensionados sin excepción alguna.

La Corte Suprema de Justicia consideró que estas dos mesadas adicionales sí eran procedentes en pensiones de carácter extralegal, así por ejemplo en sentencia CSJ SL 20 mar. 2013, rad. 54265, reiterada en sentencia CSJ SL5551-2021, se indicó:

*Para la Sala, la hermenéutica que realizó el Juzgador fue desacertada, **pues los artículos 50 y 142 de la Ley 100 de 1993 no establecen restricción para ser beneficiario de las mesadas denominadas 13 y 14 (junio y diciembre), siendo, indiferente la naturaleza jurídica de la pensión (legal o extralegal)**, a menos de que se trate de una prestación consolidada con posterioridad a la vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, caso en el cual era necesario remitirse a su contenido. (subraya y negrilla fuera del texto original)*

Incluso esta Corporación, en sentencia de 3 de agosto de 2010, radicado 38295, al referirse a la mesada adicional para una pensión convencional señaló:

“Así las cosas, si la fecha en que se consolidó la pensión de jubilación convencional fue el 1º de octubre de 2005, forzoso resulta concluir que el derecho se causó con posterioridad a la entrada en vigencia del Acto Legislativo número 01 del 22 de julio 2005, toda vez que el mismo empezó a regir, el 25 de ese mismo mes y año, fecha en la cual se publicó en el diario oficial número 45.980.

“En las anteriores condiciones, no le asiste el derecho al demandante a percibir la mesada catorce que reclama en el presente proceso, pues la misma fue eliminada respecto de las personas cuyo derecho a la pensión se cause a partir de la vigencia del citado Acto Legislativo, que fue lo aconteció en el presente caso.

“Adicionalmente, el demandante no se encuentra dentro del régimen de excepción a que alude el parágrafo transitorio 6º...”.

Por lo visto, es claro que no debe existir diferencia alguna en relación con la naturaleza jurídica de la pensión reconocida, para efectos del beneficio del pensionado a recibir las mesadas adicionales; de ahí que como el cargo está orientado por la vía directa, no es tema de discusión que las pensiones otorgadas a los actores son de fecha anterior a la vigencia del Acto Legislativo mencionado,

por tanto les asiste el derecho a percibir la mesada adicional consagrada en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993”.

Contrario sensu, como la prestación, en el sub lite se reconoció mucho antes de la citada modificación constitucional es patente que se debe respetar ese derecho incluso porque en el inciso 9° del artículo 48 Superior quedó claro que en materia pensional se respetaran todos los derechos adquiridos, de allí que el Tribunal se equivocara en su interpretación y por ello el cargo resulta fundado.

(...) por lo que se revocará parcialmente la sentencia del 24 de febrero de 2009, dictada por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Barranquilla, para en su lugar condenar a ELECTRICARIBE S.A. E.S.P., a pagar a los demandantes la mesada llamada 14, dejada de cancelar a los demandantes a partir de junio de 2007, debidamente indexadas. Se confirmará en todo lo demás.

Así las cosas, dado que es un hecho indiscutido que la pensión de jubilación convencional reconocida por la Unidad Administrativa Especial, Rehabilitación y Mantenimiento de la Malla Vial al señor Óscar Hernando Mayorga Gutiérrez mediante la Resolución 385 del 18 de julio de 2016, **se causó el 09 de enero de 2004**, no se vio afectada por lo establecido en el Acto Legislativo 01 de 2005, por ende, esta prestación debe pagarse en 14 mesadas pensionales.

Ahora, es equivocado el argumento del FONCEP al señalar que por efectos de la compartibilidad pensional, la pensión de jubilación convencional pasó a ser legal y perdió sus características convencionales, por cuanto las prestaciones nunca mutan, simplemente cuando se reconoce la legal, queda a cargo del empleador únicamente el mayor valor, que hubiere entre la pensión legal y la convencional, para este caso.

Entonces, la pensión legal que fue reconocida por el FONCEP a través de la Resolución 700 del 20 de mayo de 2009, de conformidad con la Ley 33 de 1985, a partir del 09 de enero de 2009, y en 14 mesadas pensionales debe ser cubierta en su totalidad por su pagador, y el empleador Unidad Administrativa Especial, Rehabilitación y Mantenimiento de la Malla Vial debe continuar pagando el mayor valor que hubiere entre esta y la pensión de jubilación convencional reconocida a través de la Resolución 385 del 18 de julio de 2016, **incluyendo las mesadas adicionales**.

Ahora bien, aun cuando la pensión de jubilación convencional y la de vejez legal se compartieron a partir del 09 de enero de 2009, es equivocado pensar que estas dos se deben sumar para esa data, y que en caso de ser superiores a 3 SMMLV se perdería el derecho a la mesada catorce, de conformidad con el inciso 8° y Parágrafo transitorio 6° del Acto Legislativo 01 de 2005, como quiera que cada prestación es única e independiente de la otra, y para efectos de aplicar esas normas, se debe evaluar cada prestación de acuerdo a la fecha de causación; recuérdese que dicho Acto Legislativo protegió los derechos adquiridos y la pensión de jubilación convencional aquí analizada se causó el 09 de enero de 2004; en consecuencia, las 14 mesadas a las que tiene derecho también es un derecho adquirido.

Conforme lo anterior, la Sala procedió a realizar nuevamente la liquidación de las diferencias causadas entre lo ya pagado por mesadas adicionales de junio y diciembre legales y las adeudadas de carácter extralegal, teniendo en cuenta que en primera instancia se declaró probada parcialmente la excepción de prescripción de las diferencias causadas con anterioridad al 21 de marzo de 2016, aspecto que no fue apelado por la parte actora. La liquidación arrojó lo siguiente:

Valor de diferencia pensional entre el 28/02/2016 al 30/06/2023							
Desde	Hasta	Incremento	Valor mesada Convencional	Valor mesada Legal pagada	Diferencia pensional	No. Pagos	Valor diferencia pensional
01/01/2009	31/12/2009		\$ 1,754,031.00	\$ 1,104,254.00	Prescrito		
01/01/2010	31/12/2010	2.00%	\$ 1,817,878.00	\$ 1,126,339.00			
01/01/2011	31/12/2011	3.17%	\$ 1,890,593.00	\$ 1,162,044.00			
01/01/2012	31/12/2012	3.73%	\$ 2,000,247.00	\$ 1,205,388.00			
01/01/2013	31/12/2013	2.44%	\$ 2,080,657.00	\$ 1,234,799.00			
01/01/2014	31/12/2014	1.94%	\$ 2,174,287.00	\$ 1,258,754.00			
01/01/2015	31/12/2015	3.66%	\$ 2,274,304.00	\$ 1,304,824.00			
01/01/2016	20/03/2016	6.77%	\$ 2,433,505.00	\$ 1,393,161.00			
21/03/2016	31/12/2016	0.00%	\$ 2,433,505.00	\$ 1,393,161.00	\$1,040,344.00	2	\$ 2,080,688
01/01/2017	31/12/2017	5.75%	\$ 2,573,432.00	\$ 1,473,268.00	\$1,100,164.00	2	\$ 2,200,328
01/01/2018	31/12/2018	4.09%	\$ 2,678,685.00	\$ 1,533,525.00	\$1,145,160.00	2	\$ 2,290,320
01/01/2019	31/12/2019	3.18%	\$ 2,763,867.00	\$ 1,582,291.00	\$1,181,576.00	2	\$ 2,363,152
01/01/2020	31/12/2020	3.80%	\$ 2,868,894.00	\$ 1,642,418.00	\$1,226,476.00	2	\$ 2,452,952
01/01/2021	31/12/2021	1.61%	\$ 2,915,083.00	\$ 1,668,861.00	\$1,246,222.00	2	\$ 2,492,444
01/01/2022	31/12/2022	5.62%	\$ 3,078,911.00	\$ 1,762,651.00	\$1,316,260.00	2	\$ 2,632,520
01/01/2023	31/07/2023	13.12%	\$ 3,482,864.00	\$ 1,993,911.00	\$1,488,953.00	1	\$ 1,488,953
Valor diferencia pensional 28/02/2016 al 31/07/2023							\$18,001,357.00

Tal como se evidencia la liquidación realizada en primera instancia es correcta, solo que en esta oportunidad se liquidó el retroactivo hasta el mes de julio de 2023, y a eso se debe que el retroactivo hubiese incrementado.

En consecuencia, se confirmará la decisión recurrida, modificando el numeral tercero del resuelve única y exclusivamente en el valor del retroactivo causado entre el 21 de marzo de 2016 y el 31 de julio de 2023, que asciende a la suma de \$18.001.357.

APELACIÓN DE LA PARTE ACTORA

DE LOS INTERESES MORATORIOS ARTÍCULO 141 DE LA LEY 100 DE 1993

Respecto de los Intereses moratorios, advierte la Sala que estos son procedentes, dado que conforme lo expuesto por la Corte Constitucional en múltiples sentencias de tutela y unificadas, como en la sentencia SU-230 de 2015, en la que reiteró la posición vertida en la Sentencia C-601 de 2000, y más recientemente en la sentencia SU-065 de 2018, donde se sostuvo:

En este orden de ideas, señaló que las entidades de seguridad social “están obligadas a indemnizar a los pensionados por la cancelación tardía de las mesadas pensionales atrasadas que se les adeudan, pues el artículo 53 de la Carta es imperativo y contundente al disponer que el Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones”. De lo que se desprende que el artículo 141 de la ley 100 de 1993, desarrolló plenamente el artículo 53 Superior. En este sentido, expresó la Sala Plena que el artículo 141 no crea privilegios entre grupos de pensionados que adquirieron su derecho pensional bajo diferentes regímenes jurídicos:

*“[L]a Corte debe advertir que los pensionados siempre han tenido derecho al pago de intereses de mora cuando las mesadas correspondientes les han sido canceladas de manera atrasada; por lo tanto, **el derecho al reconocimiento y pago de los intereses de mora a los que hace referencia la norma en comento es un derecho de todos los pensionados, sin importar el momento en el cual se haya reconocido el derecho al disfrute de la pensión respectiva**”. (Negrilla fuera del texto original)*

*La Sala Plena fijó la interpretación de la mencionada disposición, al precisar la manera en que debe entenderse, con el fin de que se mantuviera en el ordenamiento jurídico. Ese sentido corresponde con la idea de que todas las pensiones, legales o convencionales, son pasibles de causación de intereses de mora por su pago tardío. En realidad, el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 regula la forma de calcular esos réditos y no su existencia u origen. **La normatividad del sistema general de seguridad social tiene una expansión para todo tipo de pensiones**, como sucede en este aspecto. (Negrilla fuera del texto original)*

Así las cosas, resulta oportuno recordar, que estos réditos tienen un carácter resarcitorio y no sancionatorio, de manera que su imposición no está sometida a un análisis de la conducta de la respectiva entidad de seguridad social o ente o sujeto pagador y a su posible apego a los postulados de la buena fe.

En ese sentido como quiera que al señor Óscar Hernando Mayorga Gutiérrez reclamó el pago de las mesadas adicionales de la pensión de jubilación convencional desde el 21 de marzo de 2019, y que la demandada tenía 4 meses para resolver la petición, se impondrá su reconocimiento y pago a partir del 21 de julio de 2019, y hasta la fecha en que se haga efectivo el pago de la obligación. Estos intereses se causan sobre cada una de las diferencias generadas en la mesada pensional, por ende, se modificará el numeral tercero de la decisión de primera instancia, en el sentido de conceder los intereses moratorios, y absolver de la indexación, como quiera que estas dos figuras son excluyentes entre sí, porque dentro de los intereses moratorios se resarce la pérdida del poder adquisitivo del dinero.

COSTAS

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

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral tercero de la sentencia de primera instancia, el cual quedara así:

TERCERO: CONDENAR al FONDO DE PRESTACIONES ECONÓMICAS, CESANTÍAS Y PENSIONES "FONCEP" a pagar al demandante OSCAR HERNANDO MAYORGA GUTIERREZ la suma de \$\$18.001.357, por concepto de diferencias entre las mesadas

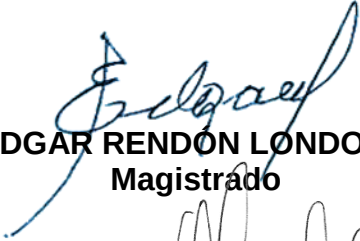
pensionales legal y convencional adicionales de junio y diciembre, causadas desde el 21 de marzo de 2016 al 31 de julio de 2023, y los intereses moratorios causados a partir del 21 de julio de 2019 y hasta la fecha en que se haga efectivo el pago de la obligación, estos intereses se causan sobre cada una de las diferencias generadas en la mesada pensional.

No obstante, lo anterior, se autoriza a FONCEP para que del retroactivo pensional efectué los descuentos legales para el sistema general de seguridad social en salud.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada, por las razones anteriormente expuestas.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo del FONCEP.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

AUTO DEL PONENTE:

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



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

República de Colombia



Libertad y Orden

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

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	110013105031202000018-01
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	JUDITH URRIAGO SILVA
DEMANDADO	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES

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

SENTENCIA:

ANTECEDENTES

Pretende la señora **Judith Urriago Silva** se **declare** que tiene derecho al reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, por los aportes a pensión de carácter privado realizados a Colpensiones desde el 12 de abril de 1988, hasta el 31 de enero de 2000. Como consecuencia, se **condene** a Colpensiones a pagarle a su favor la suma de \$45.559.035, por concepto de indemnización sustitutiva de la pensión de vejez a pagar la suma indicada debidamente indexada, los de intereses moratorios contemplados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, las de costas y agencias en derecho (f°4 – archivo 001- carpeta 1 instancia - exp. digital).

Como hechos fundamento de las pretensiones (f°3 – archivo 001- carpeta 1 instancia - exp. digital), señaló en síntesis, que nació el 11 de marzo de 1962; que se vinculó como docente a la Secretaría de Educación del Huila, la cual se encontraba adscrita al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio – FOMAG, desde el 26 de agosto de 1996.

Relató que, teniendo en cuenta la fecha de vinculación como docente se pensionó con 20 años de servicio y 55 años de edad, bajo el régimen exceptuado de la Ley 91 de 1989, el 11 de marzo de 2017; que realizó aportes a Colpensiones de carácter privado desde el 12 de abril de 1988, hasta el 31 de enero de 2000; que como supera los 57 años de edad, el 20 de agosto de 2019, solicitó ante la demandada el reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez.

Narró que, Colpensiones mediante resolución SUB 269402 del 28 de septiembre de 2019, negó la solicitud bajo el argumento de que se encontraba pensionada por el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio; que frente a dicha decisión interpuso los recursos de ley, los cuales se resolvieron mediante actos administrativos SUB 308638 del 12 de noviembre de 2019, y DPE 15241 del 26 de diciembre de 2019, en los que se confirmó la negativa de reconocimiento.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (f°35 a 41 – archivo 001- carpeta 1 instancia - exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos aceptó todos y cada uno de ellos.

Como excepciones de mérito propuso, las de prescripción, inexistencia del derecho reclamado por falta de los requisitos legales, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios e indemnización moratoria, buena fe y declaratoria de otras excepciones.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 12 de noviembre de 2021 (archivo 29- carpeta 1 instancia - exp. digital), resolvió:

PRIMERO: CONDENAR a la demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**, a reconocer y pagar a la demandante **JUDITH URRIAGO SILVA** la suma de \$11.350.413, por concepto de indemnización sustitutiva de la pensión de vejez.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**, a reconocer y pagar a la demandante por concepto de costas y agencias en derecho la suma de medio salario mínimo legal mensual vigente.

TERCERO: ABSOLVER de las demás pretensiones incoadas por la demandante a la demanda.

Para Fundamentar su decisión, la juez sostuvo que, dentro del expediente se encontraba resumen de semanas cotizadas expedido por Colpensiones, lo cual demostraba que la demandante se encontraba afiliada al régimen de Prima media con prestación definida; posteriormente, hizo alusión a lo dispuesto en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993 y el Decreto 4640 de 2005, que establece los requisitos para acceder a la indemnización sustitutiva de la pensión de Vejez.

Resaltó que, como primera medida se tenía que la demandante había nacido el 11 de marzo de 1962, de manera que, para la fecha de la decisión contaba con más de 57 años de edad; de otro lado, se tenía que la actora no cumplía con los requisitos establecidos para acceder al reconocimiento de la pensión de vejez, teniendo en cuenta lo señalado en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 del año 2003, debía acreditar 1.300 semanas cotizadas, al revisar el resumen de semanas cotizadas solamente tenía acreditadas 392,57 semanas de cotización, lo cual daba lugar a que pudiera acceder a la indemnización solicitada.

Arguyó que, teniendo en cuenta que la actora se encontraba pensionada por el Fondo Nacional de prestaciones sociales del Magisterio debía verificar si dicha prestación era compatible con la indemnización pretendida, como referencia a su decisión trajo a colación las sentencias CSJ SL, 13 jun.2012, rad. 39810 CSJ SL451-

2013, en donde se ha indicado que no existe razones jurídicamente válidas para concluir que la pensión de jubilación oficial que se reconoce a un docente resulte incompatible con la pensión de vejez que puede obtener de Colpensiones por servicios prestados en instituciones de naturaleza privada.

Consideró que, la pensión de jubilación que le fue reconocida a la demandante por el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio es compatible con la indemnización sustitutiva solicitada, ordenando a la entidad demandada reconocerla en la suma de \$11.350.413.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES impetró recurso de apelación, insistiendo en la incompatibilidad que existe en el presente asunto para el reconocimiento de la indemnización de sustitutiva a cargo de Colpensiones, en el sentido de que la persona que adquiere al estatutos pensional con posterioridad a la entrada en vigencia de la ley 4 del 1992, en el literal g) de su artículo 19, no puede ser beneficiario a recibir dos conceptos de parte del erario público, asunto sobre el cual ya se ha referido el Consejo de Estado, en que ha sostenido la incompatibilidad pensional en estos asuntos.

Así las cosas, como quiera que la accionante había tenido el reconocimiento pensional a cargo del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio el 17 de marzo de 2017, se encontraba inmersa en la excepción de la norma citada, por tal razón no podía darse el reconocimiento de la indemnización pensional pretendida, encontrándose las resoluciones emitidas por Colpensiones ajustadas a Derecho.

CONSIDERACIONES

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

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los antecedentes dados, procede esta Sala a determinar lo siguiente: **i)** si existe incompatibilidad entre la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez y la pensión vitalicia de jubilación otorgada por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; **ii)** en caso de determinarse la compatibilidad entre ambas prestaciones, se entrará a analizar si la actora reúne los requisitos para acceder a la indemnización solicitada.

En el presente asunto no es materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: **i)** que la señora Judith Urriago Silva nació el 11 de marzo de 1962 (f° 4- archivo 12- carpeta 1 instancia – expediente digital); **ii)** que cotizó a Colpensiones entre el 12 de abril de 1988, hasta el 31 de enero de 2000 (carpeta folio 35 - carpeta 1 instancia – expediente digital); **iii)** que a través de resolución No. 3180 del 23 de mayo de 2017, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio le reconoció a la demandante la pensión vitalicia de jubilación por valor mensual de \$2.443.857 a partir del 12 de marzo de 2017, al haber laborado como docente en el Departamento del Huila (f° 4- archivo 23- carpeta 1 instancia – expediente digital); **iv)** que la actora solicitó ante Colpensiones el reconocimiento de la indemnización sustitutiva de vejez por los tiempos cotizados en el sector privado, petición que fue negada mediante resoluciones SUB 269402 del 28 de septiembre de 2019, SUB 308638 del 12 de noviembre de 2019 y DPE 15241 del 26 de diciembre de 2019 (f° 11 al 28- archivo 01- carpeta 1 instancia – expediente digital).

i) De la incompatibilidad entre la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez y la pensión vitalicia de jubilación otorgada por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

Al respecto, se ha sosteniendo a nivel jurisprudencial que, el tener la calidad de docente oficial permite que pueda prestar sus servicios a establecimiento educativos de naturaleza pública y obtener una pensión de jubilación oficial, pero simultáneamente también le es permitido laborar en instituciones de carácter privado para adquirir la pensión de vejez con Colpensiones, o la indemnización sustitutiva de

vejez, en caso de no reunir los requisitos para acceder al derecho pensional, tal y como se recordó en sentencia CSJ SL1968-2022, en la que se dijo:

La censura afirma que erró el Tribunal al interpretar el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, por cuanto los docentes oficiales están excluidos de la aplicación de la Ley 100 de 1993 y los regímenes pensionales en ella establecidos. La norma establece lo siguiente.

ARTÍCULO 279. EXCEPCIONES. *El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente Ley no se aplica a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto ley 1214 de 1990, con excepción de aquel que se vincule a partir de la vigencia de la presente Ley, ni a los miembros no remunerados de las Corporaciones Públicas.*

Así mismo, se exceptúa a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración. Este Fondo será responsable de la expedición y pago de bonos pensionales en favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida.

[...]

El argumento planteado carece de asidero, pues el recto entendimiento de la norma fue el que le dio el Colegiado de instancia, mismo que coincide con aquel que de antaño ha sostenido la Corte, consistente en que el demandante podía prestar sus servicios a establecimientos educativos de naturaleza pública y obtener una pensión de jubilación oficial, y, simultáneamente, laborar para instituciones educativas particulares para adquirir una pensión de vejez en el ISS (negrilla fuera del texto original), hoy Colpensiones, resultando válido que dichos aportes se trasladaran al RAIS a través de un bono pensional. Así se dijo en sentencias CSJ SL, 19 jun. 2008, rad. 28164; CSJ SL, 06 dic. 2011, rad. 40848 y CSJ SL451-2013, en la cual se expresó:

En efecto, por tener la calidad de docente oficial y estar excluida del Sistema Integral de Seguridad Social, al compás de lo establecido en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, a la demandante le resultaba válido prestar sus servicios a establecimientos educativos oficiales y, por virtud de ello, adquirir una pensión de jubilación oficial y, al mismo tiempo, prestar sus servicios a instituciones privadas y financiar una posible pensión de vejez en el Instituto de Seguros Sociales, con la posibilidad de que dichos aportes fueran trasladados al régimen de ahorro individual con solidaridad, a través de un bono pensional.

La impugnación parece desconocer el hecho de que desde la vigencia de la Ley 90 de 1946 existe la obligación de afiliación al seguro social, la cual se materializó de forma progresiva a partir del año 1967, con lo cual no le era dable a los empleadores privados soslayar tal exigencia de estirpe legal, so pena de hacerse acreedores a las sanciones contempladas en la ley, por evadir la responsabilidad que les atañía en cuanto a vincular a sus trabajadores al sistema para que ellos obtuvieran cobertura en los riesgos de invalidez, vejez y muerte. (Subrayado fuera del texto original).

Dicho de otra manera, no era optativo para un empleador afiliar al trabajador a su servicio a la seguridad social, con lo cual, en el caso específico, las instituciones particulares que se beneficiaron con los servicios docentes prestados por el actor simplemente dieron cabal cumplimiento a la normativa que, se itera, era obligatoria, cotizando en primera medida el ISS y, posteriormente, a la AFP Colfondos S.A.

Es que no puede confundirse el hecho de la afiliación del demandante en instancias al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, en su calidad de docente vinculado laboralmente a instituciones de carácter público, con su trabajo para instituciones particulares y la consecuente incorporación al Sistema General de Seguridad Social, pues, en cada caso, rigen reglas específicas, que aplican según la relación que se predique, lo que no significa que no sea posible gozar de la doble atribución, simultáneamente, y obtener las prestaciones que correspondan a cada uno de ellas, cumpliendo los requisitos del caso (Negrilla fuera del texto original).

De lo anterior, no puede colegirse coliga que al percibir la pensión de jubilación y la indemnización sustitutiva de vejez, es beneficiario de dos conceptos provenientes del erario público, puesto que como se ha sostenido de manera pacífica por parte de nuestro Órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral, los dineros que administra Colpensiones, antes ISS, no pueden ser considerados como asignaciones provenientes del tesoro público. Sobre el particular la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en sentencia CSJ SL, 6 dic. 2011, rad. 40848, preciso:

El debate sobre el carácter de los dineros con que el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES paga las prestaciones que concede, hace rato fue superado en el sentido de colegir que no tiene la calidad de asignación proveniente del tesoro público, en tanto los aportes que sirven para su financiación no tienen origen en fondos de naturaleza pública, dado que son realizados por empleadores y trabajadores (negrilla fuera del texto original), distinción que tampoco hizo el juez de la alzada, en desmedro de la posibilidad de acierto de la providencia gravada. Basta aludir al fallo de casación No. 24062, de 14 de febrero de 2005, en el cual se adocrinó:

“Pero sucede, que tratándose de las pensiones que administra para su pago el Instituto de Seguros Sociales, ya sea el afiliado un trabajador particular o uno oficial que se someta al régimen solidario de prima media con prestación definida, no es factible colegir, de la misma manera, que se sufragan con dineros del tesoro, por las siguientes razones:

“- El fondo económico de donde se cancelan las pensiones de vejez, invalidez o de sobrevivientes no resulta ser de propiedad del Instituto de Seguros Sociales, por ser este Instituto un mero administrador, lo que significa que en virtud de la naturaleza jurídica del ISS, no es dable estimar a dicho fondo común como bien del tesoro haciendo parte de la prohibición del canon 128 de la Carta Política.

“- En cuanto a las cotizaciones que recibe el ISS de una entidad oficial, si bien provienen del Tesoro, constituyen un patrimonio de afectación parafiscal, por estar

destinados exclusivamente a engrosar el fondo común para el pago de las pensiones conforme a la ley, pues su finalidad es contribuir con el financiamiento de ese régimen, y por tanto los dineros que en un comienzo fueron propios del erario público dejan de serlo al quedar trasladados a la entidad de seguridad social, entrando a engrosar una reserva parafiscal que por ficción legal y constitucional dejan de ser propiedad de la entidad, a más de que una parte de esos aportes o cotizaciones sale del patrimonio del trabajador.

“En este orden, la pensión legal concedida por el ISS a uno de sus asegurados, como consecuencia de las cotizaciones o aportes que efectuó el Estado o los particulares, no tiene el carácter de pública”.

En ese orden de ideas, no cabe duda que la indemnización solicitada por la actora es compatible con la pensión que actualmente percibe.

ii) Indemnización sustitutiva de vejez

A fin de establecer si la promotora del proceso cumple con los requisitos para acceder a la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, debe acudirse a la norma que la contempla, que corresponde al artículo 37 de la Ley 100 de 1993, que establece:

ARTÍCULO 37. INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA DE LA PENSIÓN DE VEJEZ. *Las personas que habiendo cumplido la edad para obtener la pensión de vejez no hayan cotizado el mínimo de semanas exigidas, y declaren su imposibilidad de continuar cotizando, tendrán derecho a recibir, en sustitución, una indemnización equivalente a un salario base de liquidación promedio semanal multiplicado por el número de semanas cotizadas; al resultado así obtenido se le aplica el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales haya cotizado el afiliado.*

Con apego de esta disposición, se tiene que la señora Urriago nació el 11 de marzo de 1962, de manera que la edad para pensionarse corresponde a los 57 años, ello de conformidad con lo contemplado en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, edad a la que arribó el 11 de marzo de 2019, data para la cual contaba con 392,57 semanas de cotización al RPM; asimismo, se tiene que la actora solicitó ante Colpensiones el 20 de agosto de 2019, el reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva, como se desprende de la resolución SUB 269402 del 28 de septiembre de 2019, cumpliendo así con parámetros señalados en la norma citada.

iii) liquidación Indemnización sustitutiva de vejez

Escuchada la decisión de primera instancia, se observa que allí se sostuvo que se dijo que el valor de la indemnización correspondía a la suma de \$11.350.413, indicándose que la fórmula a tener en cuenta correspondía a la contemplada en el artículo 3° del Decreto 1730 de 2001, que al aplicarse se había obtenido como salario base de cotización semanal indexado al 2021, la suma de \$231.346, que al multiplicarse por 392,57 semanas cotizadas y una tasa de remplazo del 12.5%, había arrojado la suma previamente señalada.

Efectuadas las operaciones aritméticas por parte de esta instancia teniendo en cuenta la disposición antes citada, que es la aplicable al presente caso, se obtuvo un valor inferior, tal como se puede ver en el cuadro anexo, sin que se logre determinar con exactitud dónde se encuentra la diferencia, toda vez que no se aportó al expediente la liquidación efectuada por el Juez; por consiguiente, dado que este ítem se revisa en grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, se modificará el valor determinado en primera instancia y en su lugar se ordenará a Colpensiones a pagar a favor de la demandante como indemnización sustitutiva de vejez la suma de **\$10.725.244**.

Días cotizados	2748	Salarios por días cotizados	\$3.329.533.608,20
Semanas cotizadas	392,57	Valor del Ibl Toda la Vida	1211620,673
Tabla de la indemnización sustitutiva			
SBC Semanal			\$282.429,06
PPC			9,67%
Semanas cotizadas			392,57
Valor de la indemnización sustitutiva 2023		\$	10.725.244

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de la demandada Colpensiones, como quiera que su recurso de alzada no prosperó.

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

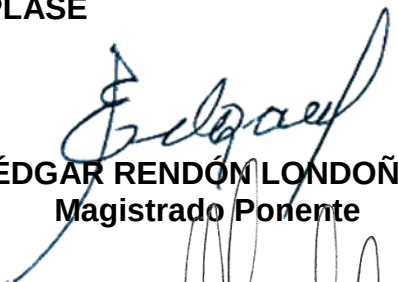
RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR el ordinal primero la sentencia consultada, proferida por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de **ORDENAR** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** a pagar a favor de la señora Judith Urriago Silva, la suma de **\$10.725.244**, por concepto de indemnización sustitutiva de vejez, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

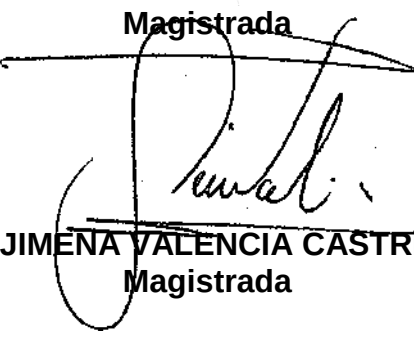
SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo Colpensiones.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada


ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

AUTO DEL PONENTE:

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



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

República de Colombia



Libertad y Orden

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

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	11001310503120220019001
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	GUILLERMO LEÓN LINEROS LÓPEZ
DEMANDADO	- SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.
LITISCONSORCIO NECESARIO	- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES

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

SENTENCIA:

ANTECEDENTES

Pretende el señor **GUILLERMO LEÓN LINEROS LÓPEZ** se **declare** el incumplimiento por parte de la AFP Skandia S.A. del deber de información legal y profesional al momento de su traslado del régimen de prima media con prestación definida (en adelante RPM) al de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS); que se declare que la AFP Skandia es responsable de la pérdida de su condición de beneficiario del régimen de transición dado su traslado desinformado; que se declare que la AFP es responsable de los perjuicios materiales e inmateriales que se le ocasionaron por la omisión del deber de información. Como consecuencia de lo anterior, que se condene a esa AFP al pago de las medidas de reparación integral por concepto de lucro cesante consolidado y futuro, daño moral y pérdida de oportunidad, más los intereses legales y la actualización de tales rubros. Finalmente, solicita que se condene a las demandadas a lo que resulte probado en uso de las facultades extra y ultra petita y al pago de costas y agencias en derecho.

Como hechos fundamento de las pretensiones (f° 1 a 13 archivo 02, carpeta 1ª inst. exp. digital), señaló en síntesis, que inició sus aportes en pensión como afiliado del RPM; que para el 01 de abril de 1994, tenía 53 años y contaba con 1.383,43 semanas de cotización por lo que era beneficiario del régimen de transición; que cotizó 1.550,57 semanas al RPM y un total de 1.688,86 semanas al sistema general de pensiones; que en agosto de 1997 se trasladó al RAIS con la AFP Pensionar hoy Skandia; que al momento de efectuar el traslado de régimen la AFP no le suministró una debida asesoría, pues no le explicó las características de cada régimen, sus ventajas, desventajas, las implicaciones del acto ni le advirtió que perdería el régimen de transición.

Resaltó que, se pensionó con la AFP Skandia en el mes de mayo de 2001; que la mesada pensional que le fue reconocida ascendía a \$2.448.436, mientras que de haber permanecido en el RPM sería de \$2.661.729; que el incumplimiento del deber de información por parte de la AFP le impidió seleccionar la opción pensional que más le convenía, con ocasión de lo cual ha presentado una profunda tristeza; que el pasado 11 de noviembre de 2021 elevó derecho de petición ante la AFP Skandia a fin de solicitar la indemnización de los perjuicios reportados, la cual fue contestada de forma negativa por esa entidad.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS

S.A. contestó (f° 1 – 47 archivo 06, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que para el 01 de abril de 1994, el actor tenía 53 años; que cotizó 1.550,57 semanas al RPM y un total de 1.688,86 semanas al sistema general de pensiones; que el 27 de junio de 1997, el demandante suscribió formulario de afiliación encaminado a que se le trasladara al RAIS con la AFP Pensionar hoy Skandia, cambio que se hizo efectivo el 01 de agosto del mismo año; que el actor fue pensionado por la AFP desde el mes de mayo de 2001, cuando tenía 60 años; que la mesada pensional que le fue reconocida ascendía a \$2.448.436; que el 11 de noviembre de 2021, el demandante elevó derecho de petición ante la AFP Skandia a fin de solicitar la indemnización de los perjuicios reportados, el cual fue contestado de forma negativa por esa entidad. Respecto de los demás indicó que no le constaban o que no eran ciertos.

Como excepciones de fondo, propuso las de cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, inexistencia de los perjuicios reclamados, inexistencia de perjuicios a cargo de Skandia S.A., prescripción y compensación.

El a quo, mediante auto del 25 de mayo de 2022, ordenó la vinculación y notificación de Colpensiones en calidad de litisconsorcio necesario.

COLPENSIONES contestó (f° 22- 34 archivo 12 carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que el demandante cotizó en el RPM con el ISS hoy Colpensiones al inicio de su vida laboral; que para el 01 de abril de 1994 el actor tenía 53 años y contaba con 1.383,43 semanas de cotización por lo que era beneficiario del régimen de transición; que cotizó 1.550,57 semanas al RPM y un total de 1.688,86 semanas al sistema general de pensiones; que en agosto de 1997 se trasladó al RAIS con la AFP Pensionar hoy Skandia y que el 11 de noviembre de 2021 el demandante elevó derecho de petición ante la AFP Skandia a fin de solicitar la indemnización de los perjuicios reportados, el cual fue contestado de forma negativa por esa entidad. Respecto de los demás indicó que no le constaban.

Como excepciones de mérito propuso las de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima medio con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, buena fe e innominada o genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 01 de noviembre de 2022 (archivos 23-24 carpeta 1ª inst. exp. digital), resolvió:

PRIMERO: ABSOLVER de la totalidad de las pretensiones incoadas por el demandante GUILLERMO LEÓN LINEROS LÓPEZ a la demandada SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. y a la vinculada a la litis ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, como quiera que operó el término prescriptivo trienal.

SEGUNDO: CONDENAR a la parte demandante al pago de costas y agencias en derecho en cuantía de \$100.000.

TERCERO: SE CONCEDE el grado jurisdiccional de consulta en el evento en que la sentencia no sea apelada.

Para **fundamentar su decisión** sostuvo que estaba demostrado que el señor **GUILLERMO LEÓN LINEROS LÓPEZ** se encontraba pensionado por vejez desde el 01 de mayo del año 2001 bajo la modalidad de retiro programado, habiéndose realizado su traslado de régimen del ISS a la AFP Pensionar hoy Skandia el día 27 de junio de 1997, a través del diligenciamiento del formulario de afiliación.

Adujo que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL373-2021 ha determinado que el pensionado que considere que ha

reportado un detrimento económico por el incumplimiento al deber de información puede obtener su reparación con cargo a la administradora, pues ello era un principio general del derecho, consagrado en el artículo 2341 del Código Civil con base en el cual se prevé que aquel que comete un daño por culpa está a obligado a repararlo. Resaltó además que, el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, consagraba el principio de reparación integral, por lo que el Juzgador tenía la tarea de adoptar las medidas que estimara pertinente para el pleno y satisfactorio resarcimiento de los derechos lesionados.

Indicó que, sin perjuicio de lo expuesto en los casos en los que se solicitara la indemnización de perjuicios aplicaba el término trienal previsto en los artículos 488 del CST y 151 del CPT y SS, por lo que, por economía procesal, procedería a analizar tal situación, previo al estudio del incumplimiento del deber de información. En ese sentido, mencionó que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL053-2022, estableció que aunque la declaratoria de ineficacia resultaba incompatible con la calidad de pensionado, lo cierto era que éste podía obtener la reparación de los perjuicios que reportó por el incumplimiento al deber de información en que hubiese incurrido la AFP, para lo cual, si la parte contraria lo alegaba, debía observarse el término de prescripción trienal que empezaría a contarse desde el momento en que el pensionado adquirió tal calidad, pues a partir de esa fecha el daño o perjuicio económico resultaba perceptible.

Dijo que, en el caso que nos ocupa era claro que el demandante estaba pensionado por vejez en el RAIS desde el 01 de mayo de 2001, en la modalidad de retiro programado, por lo que desde esa data el actor conocía de los efectos dañinos del presunto incumplimiento en que incurrió Skandia; que solo el 11 de noviembre de 2021, este remitió una solicitud de indemnización por los perjuicios irrogados imputables al AFP y que la demanda solo fue radicada el 29 de abril de 2022, por lo que era claro que desde el 01 de mayo de 2001, hasta el 11 de noviembre de 2021, transcurrieron más de 20 años, por lo que el término prescriptivo trienal previsto en los artículos 488 del CST y 151 del CPT y SS se encontraba superado con creces, cuestión que fue debidamente alegada por las entidades demandadas por lo que debía ser declarada.

Concluyó que, la acción encaminada a obtener la indemnización de perjuicios estaba prescrita, de modo que no se adentraría en el estudio del incumplimiento al deber de información por resultar inane.

RECURSO DE APELACIÓN

El **DEMANDANTE** presentó recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia en su integridad. Para tal efecto, argumentó que aunque la Sala de Casación

Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha manifestado que en casos en los que se solicitaba la indemnización de perjuicios por el incumplimiento al deber de información la magnitud del daño se evidenciaba desde el reconocimiento de la prestación económica pensional, ello no quería decir que de manera inexorable ese fuera el momento a partir del cual se computara el término prescriptivo. Manifestó que, en el caso del demandante, cuando recibió la pensión, este no tenía conocimiento de la existencia del daño, como quiera que no sabía que la demandada había incumplido el deber objetivo y profesional de información y mucho menos conocía de la pérdida de los beneficios del régimen de transición, debido a que la AFP no le advirtió de ello, precisando que lo único que el demandante reconocía era que había dejado de ser un afiliado y se había transformado en pensionado, de modo que resultaba a todas luces cuestionable que se pretendiera que el actor iniciara una acción judicial desde ese momento.

Adujo que no podían achacarse al demandante las consecuencias que resultaren negativas de la omisión en que incurrió el fondo de pensiones, pues la única parte de la relación jurídica que tenía conocimiento de esa omisión era la AFP Skandia y que tampoco se demostró que al momento de recibir la pensión el actor tuviera consciencia de la situación gravosa en la que se encontraba; que en este caso lo que si se probó fue que el demandante conoció de la existencia de los perjuicios que reportó en el año 2020 y que sin perjuicio de ello, quien tenía la carga de demostrar que el afiliado sí sabía de la existencia de los perjuicios era el fondo privado.

CONSIDERACIONES

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

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar si en este caso prescribió la acción de indemnización de perjuicios adelantada por el demandante por el presunto incumplimiento de la AFP del deber de información al realizar el traslado de régimen y, de no ser así, determinar si en efecto existió el incumplimiento alegado y si hay lugar al reconocimiento y pago de los emolumentos pretendidos en la demanda.

En el presente asunto no son materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: *i)* que el señor **GUILLERMO LEÓN LINEROS LÓPEZ** nació el 11 de noviembre

de 1940 (f° 17- archivo 02 de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); **ii)** que cotizó al RPM con el ISS entre el 01 de marzo de 1967 y el 31 de julio de 1997, acumulando un total de 1.550,57 semanas (archivo GRP-SCH-HL-665 archivo 26 de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); **iii)** que el 27 de junio de 1997, se trasladó al RAIS mediante la suscripción de un formulario de vinculación con la AFP Pensionar – hoy Skandia S.A., el cual se hizo efectivo a partir del **01 de agosto de 1997** (f° 48-50 archivo 06, de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); **iv)** que desde el **mes de mayo de 2001**, el señor es beneficiario de la pensión de vejez anticipada con la AFP Skandia S.A. bajo la modalidad de retiro programado (f° 43 archivo 02, de la carpeta 1ª inst. exp. Digital) y **v)** que el **11 de noviembre de 2021** el actor radicó a través de correo electrónico solicitud de indemnización de los perjuicios derivados del incumplimiento (f° 54 -57 archivo 02, de la carpeta 1ª inst. exp. Digital).

PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS POR EL INCUMPLIMIENTO AL DEBER DE INFORMACIÓN

Ha determinado la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral que, no resulta procedente declarar la ineficacia de traslado de régimen pensional por el incumplimiento al deber de información, en el evento en que el demandante tuviese la calidad de pensionado, como quiera que ello constituye una situación jurídica consolidada, que no es susceptible de ser alterada o revertida. Sin perjuicio de ello, la Corte también ha previsto que en estos escenarios el pensionado se encuentra habilitado para solicitar la indemnización de los perjuicios que se le hubiesen generado por la disminución en la cuantía de su pensión, producto de la falta de una debida asesoría al momento en que realizó el tránsito de régimen pensional. Así se dijo en sentencia CSJ SL373-2021, en la que se señaló:

Para la Corte la respuesta es negativa, puesto que si bien esta Sala ha sostenido que por regla general cuando se declara la ineficacia de la afiliación es posible volver al mismo estado en que las cosas se hallarían de no haber existido el acto de traslado (vuelta al statu quo ante), lo cierto es que la calidad de pensionado es una situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un estatus jurídico, que no es razonable revertir o retrotraer, como ocurre en este caso. No se puede borrar la calidad de pensionado sin más, porque ello daría lugar a disfuncionalidades que afectaría a múltiples personas, entidades, actos, relaciones jurídicas, y por tanto derechos, obligaciones e intereses de terceros y del sistema en su conjunto.

[...]

Lo anterior, no significa que el pensionado que se considere lesionado en su derecho no pueda obtener su reparación. Es un principio general del derecho aquel según el cual quien comete un daño por culpa, está obligado a repararlo (art. 2341 CC). Por consiguiente, si un pensionado considera que la administradora incumplió su deber de información (culpa) y, por ello, sufrió un perjuicio en la cuantía de su pensión, tiene derecho a demandar la indemnización total de perjuicios a cargo de la administradora.

En el mismo sentido, la Alta Corporación en sentencia CSJ SL1577-2022, manifestó:

Así, una vez el afiliado tome la decisión de pensionarse y se consolide el derecho prestacional, cualquier discusión sobre un eventual perjuicio causado por el actuar de la administradora corresponde resolverlo en el terreno de la responsabilidad y su consecuente indemnización de perjuicios, según la voluntad y a iniciativa del pensionado, no siendo posible declarar la ineficacia del traslado de régimen para dejar sin efecto el acto jurídico del otorgamiento, por tratarse de una situación consolidada e irreversible como ya la Sala lo explicó.

Conforme dicho criterio doctrinal, debe ahora precisarse que conforme lo ha previsto la Corte en esas mismas providencias, la acción de indemnización de perjuicios que podría adelantar el pensionado se encuentra sometida al término trienal establecido en los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS, lapso que debe computarse desde el momento en que el daño resulta apreciable, lo que ocurre cuando el afiliado adquiere la calidad de pensionado y se hace notoria la diferencia entre las mesadas pensionales. Al respecto, en la sentencia CSJ SL373-2021 se precisó: *«En la medida que el daño es perceptible o apreciable en toda su magnitud desde el momento en que se tiene la calidad de pensionado, el término de prescripción de la acción debe contarse desde este momento».*

Igualmente, en sentencia CSJ SL053-2022, la Corte consideró:

[...] [E]n el presente asunto aquel se superó con creces como lo sostuvieron las demandadas al proponer el correspondiente medio exceptivo, pues la pensión anticipada de vejez que se le reconoció a Roberto Cesáreo José Francisco Ceballos Restrepo lo fue a partir del 5 de abril de 2002 (f.º 31-32) y la presente acción judicial tan solo se ejerció el 24 de enero de 2018 como da cuenta el acta de reparto visible al anverso de la carátula final del expediente, esto es, superado ampliamente el término trienal contemplado en los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS, razón por la cual no resulta procedente su imposición.

Lo anterior obedece a que en la acción de indemnización de perjuicios no se discute el acceso a un derecho pensional, sino únicamente un asunto de carácter económico relacionado con un perjuicio material producto de la diferencia entre la mesada pensional que habría podido obtener el pensionado en uno y otro régimen.

Ante este panorama, advierte esta Sala de decisión que en el caso que nos ocupa, el señor **GUILLERMO LEÓN LINEROS LÓPEZ** ostenta la calidad de pensionado en el RAIS con Skandia desde **mayo de 2001** (fº 43 archivo 02, de la carpeta 1ª inst. exp. Digital), cuando le fue reconocido ese derecho, lo que es un hecho indiscutido; sin embargo, fue solo hasta el **11 de noviembre de 2021**, que radicó ante la AFP solicitud de indemnización de perjuicios (fº 54 -57 archivo 02, de la carpeta 1ª inst. exp. Digital), de lo que se desprende con claridad que el término trienal de prescripción inició en mayo del 2001, y feneció en el mismo mes del año 2004, en los términos de los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS, sin que durante ese lapso se adelantara actuación alguna encaminada a suspender o interrumpir el término prescriptivo, pues se itera que, el único

requerimiento presentado ante la AFP data del **11 de noviembre de 2021**, habiendo transcurrido en esa fecha más de 20 años desde que el actor adquirió la connotación de pensionado. Por lo expuesto y en razón a que la parte demandada formuló como medio exceptivo la prescripción, resulta procedente su declaratoria, como adecuadamente lo dispuso el Juez de primera instancia.

Ahora bien, se tiene que el demandante interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primer grado argumentando que en este caso no era válido tomar como punto de partida del término prescriptivo el momento en que adquirió la calidad de pensionado, en razón a que para esa data no tenía conocimiento del perjuicio por él reportado y que fue hasta el año 2020, que fue informado sobre la diferencia de la mesada pensional que obtendría de haberse mantenido en el RPM. Al respecto, considera esta Corporación que tales alegaciones no tienen vocación de prosperidad en la medida en que el hecho que habilitaba al actor para iniciar la acción judicial encaminada a obtener la indemnización de perjuicios era justamente la consumación del daño, lo que ocurrió, naturalmente, cuando adquirió el estatus de pensionado y recibió su primera mesada pensional. Esta elucubración encuentra respaldo en lo establecido por la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia, pues como se expuso en las sentencias precitadas, el hito temporal que marca el inicio del término prescriptivo es el ostentar la calidad de pensionado, como quiera que ahí el daño resulta *«perceptible o apreciable en toda su magnitud»* (CSJ SL373-2021) y es allí cuando se materializa y se tiene conocimiento del monto de la mesada pensional, sin que pueda condicionarse tal asunto a que el demandante haga los cálculos o busque la asesoría para establecer si la mesada fue desfavorable con respecto a la que podría haber obtenido en el Régimen de Prima Media. Considerar lo contrario, generaría una inestabilidad e inseguridad jurídica inminente al sistema pensional, pues se habilitaría a los pensionados con situaciones jurídicas consolidadas para solicitar en cualquier tiempo y sin limitación temporal la indemnización de perjuicios, lo cual no puede ser de recibo pues riñe con lo dispuesto en los preceptos 488 del CST y 151 del CPTSS que consagran la prescripción de las acciones laborales.

Naturalmente, resulta innecesario en este estado adentrarse en el estudio del incumplimiento del deber de información por parte de la AFP y la eventual existencia de perjuicios, como quiera que ello no tendría incidencia o relevancia alguna, por estar probada la ocurrencia de la prescripción.

Por las razones expuestas, se despacha desfavorablemente el recurso de apelación formulado por el actor y se confirmará la decisión de primer grado.

COSTAS

Se condenará en costas y agencias en derecho de segunda instancia al demandante por no haber prosperado el recurso formulado por este en contra de la sentencia de primera instancia, de conformidad con el numeral 1 del artículo 365 del Código General del Proceso aplicable en materia laboral por remisión del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

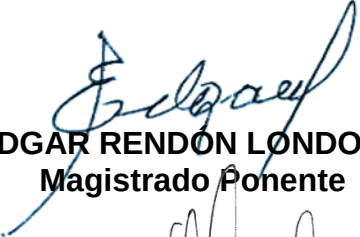
En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada y consultada proferida por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo del demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada


ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

AUTO PONENTE:

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo del demandante la suma de \$580.000


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

República de Colombia



Libertad y Orden

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

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	11001310503120220019601
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	MARÍA INÉS CORTÉS URREA
DEMANDADO	- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES - ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. - SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

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

SENTENCIA:

ANTECEDENTES

Pretende la señora **MARÍA INÉS CORTÉS URREA** que se **declare** la ineficacia de su traslado del régimen de prima media con prestación definida (en adelante RPM) al de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS) realizado a la AFP Porvenir S.A. por la omisión al deber de información en que incurrió este fondo privado al momento en que se efectuó tal cambio de régimen; que se declare la ineficacia de los traslados horizontales efectuados entre administradoras del RAIS y que se declare que se encuentra válidamente afiliada al RPM con Colpensiones; que se condene a las demandadas a lo que resulte probado en uso de las facultades extra y ultra petita, a las costas y agencias en derecho.

Como hechos fundamento de las pretensiones (fº 2- 10 archivo 02, carpeta 1ª inst. exp. digital), señaló que al inicio de su vida laboral cotizó al Sistema de

Seguridad Social ante el ISS hoy Colpensiones; que los gestores de Porvenir S.A. la motivaron a trasladarse al ISS sin brindar una asesoría suficiente, pues no le suministraron una información completa, clara y fehaciente respecto de las consecuencias legales y económicas que tendría el cambio de régimen; que mediante derechos de petición radicados el 28 de marzo de 2022, solicitó a Colpensiones y a Porvenir S.A. tener como nulo el traslado y afiliación al RAIS, requerimientos que fueron contestados de forma negativa por ambas entidades.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (f° 3 – 18 archivo 10, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que la actora estuvo afiliada al ISS hoy Colpensiones; que el 28 de marzo de 2022, había radicado ante Colpensiones y ante Porvenir S.A. derechos de petición encaminados a que se anulara su traslado al RAIS, ante lo cual Colpensiones contestó de forma negativa.

Como excepciones de mérito, propuso las de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, buena fe e innominada o genérica.

La **AFP PORVENIR S.A.** contestó (f° 2 a 27 archivo 11, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, no aceptó ningún, indicando que no eran ciertos o que no le constaban. Como excepciones de mérito, propuso las de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica.

El *a quo* por medio de auto del 15 de junio de 2022, notificado por estados el 16 del mismo mes y año, ordenó la vinculación y consecuente notificación de la AFP Protección S.A. por observar que la actora estuvo afiliada a la misma.

La **AFP PROTECCIÓN S.A.** contestó (f° 2 a 35 archivo 17, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, no aceptó ninguno, indicando que no le constaban.

Como excepciones de mérito, propuso las de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del Sistema General de Pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y la innominada o genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y uno Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 25 de noviembre de 2022 (archivos 30 – 31 carpeta 1ª inst. exp. digital), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado del régimen realizado por MARÍA INÉS CORTÉS URREA del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, teniéndola como válidamente afiliada en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES.

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

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

CUARTO: CONDENAR a las demandadas PORVENIR y PROTECCIÓN al pago de costas y agencias en derecho.

QUINTO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a recibir a la demandante en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida como si nunca se hubiese trasladado de régimen.

En audiencia, Porvenir S.A. solicitó aclarar si los valores que debía reembolsar debían indexarse, frente a lo cual la Jueza **en estrados precisó que todos los dineros debían retornarse a Colpensiones debidamente indexados**, conforme lo ha previsto la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia.

Para fundamentar su decisión la Juez expuso que la Ley 100 de 1993, organizó el sistema de seguridad social integral y estableció dos regímenes pensionales, el RPM y el RAIS, por lo que en este caso se tendría que determinar a cuál pertenecía la demandante y a cuál se había trasladado; en ese sentido, señaló que de las pruebas obrantes en el expediente se podía constatar que la actora inicialmente se encontraba en el RPM administrado por el entonces ISS, para posteriormente en el año 1996, trasladarse al RAIS con Porvenir S.A.; que después en el año 2002, se trasladó a la AFP ING – hoy Protección S.A. - y, finalmente, retornó a Porvenir S.A. en el año 2003, por lo que era claro que la actora estaba afiliada al RAIS, habiéndose efectuado su traslado entre regímenes en mayo 1996.

Adujo que, con base en lo anterior se debían verificar cuáles eran los presupuestos normativos vigentes en 1996, para que tal tránsito de régimen tuviese plena eficacia jurídica. En efecto, afirmó que tales requisitos estaban en el literal b) del artículo 13 y 271 de la Ley 100 de 1993, en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, y en el artículo 12 del Decreto 720 de 1994, disposiciones que entre otros asuntos preceptuaban que la selección de regímenes debía ser libre y voluntaria, que la formalización del traslado se debía efectuar a través del diligenciamiento de un formulario de afiliación y que las AFPs tenían la obligación de suministrar amplia, suficiente y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación y durante toda la vinculación.

Refirió que, el traslado primigenio realizado por la actora en el año 1996 debía ser analizado a la luz de lo previsto por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia, entre ellas en sentencia SL1452-2019, que determinaba que las AFP desde su creación tenían el deber de brindar información a los afiliados del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional; que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «*la afiliación se hace libre y voluntaria*», «*se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones*», u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no eran suficientes para dar por demostrado el deber de información; que si el afiliado alegaba que no recibió la información debida cuando se afilió, ello correspondía a un supuesto negativo que no podía demostrarse materialmente por quien lo invocaba, por ende le correspondía a la AFP demostrar que sí la brindó, dado que era quien estaba en posición de hacerlo y que ni la legislación ni la jurisprudencia exigía para que procediera la ineficacia del traslado, contar con una expectativa pensional o derecho causado.

Destacó que, la Sala de Casación Laboral de la Corte ha indicado que el acto de afiliación debía estar acompañado de una decisión libre y voluntaria del afiliado y debía sujetarse a los parámetros de una libertad informada, es decir, precedida de una información clara, comprensible y suficiente sobre las consecuencias favorables y desfavorables que esta decisión acarrearía.

Mencionó que, el derecho laboral admitía libertad probatoria por lo que la parte demandada podría valerse de documentos, testimonio y confesión para acreditar que realizó una debida asesoría, pero que pese a ello sobre el traslado solo obraban dos formularios de afiliación de los que no se podía extraer que se le hubiese dado a la actora la información debida en los términos exigidos por la ley y por la jurisprudencia; que también se contaba con el interrogatorio de parte a la demandante del cual no se obtuvo confesión alguna, pues ésta declaró que no conocía el funcionamiento de los regímenes pensionales y que sólo se le había comentado que en el RAIS obtendría unos rendimientos.

Concluyó que, en este caso era claro que las AFPs demandadas no habían cumplido con la carga de demostrar que suministraron una debida información a la actora al momento del traslado, como quiera que no se allegó ningún medio probatorio que indicara que se le ilustró sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, por lo que necesariamente debía declararse la ineficacia del traslado y afiliación al RAIS.

RECURSO DE APELACIÓN

PORVENIR formuló recurso de apelación parcial contra la sentencia en el sentido de solicitar que se revocara la orden de indexar los valores a reembolsar toda vez que los rendimientos generados por la debida gestión de Porvenir S.A. superaba y compensaba la depreciación del poder adquisitivo de la moneda, conforme lo han previsto en sus decisiones el Tribunal Superior del Distrito de Cali y de Cundinamarca.

COLPENSIONES interpuso recurso de apelación solicitando que se revocara en su integridad la sentencia. Para tal efecto, argumentó que no le asistía a la demandante el derecho a retornar al RPM por encontrarse dentro de la prohibición legal prevista en la Ley 797 de 2003, que en este caso no se observaban vicios en el consentimiento de la actora y que en todo caso su ánimo de pertenecer al RAIS era

claro porque efectuó traslados horizontales y porque permaneció más de 20 años en ese régimen.

CONSIDERACIONES

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

PROBLEMA JURÍDICO

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

En el presente asunto no son materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: *i)* que la señora **MARÍA INÉS CORTÉS URREA** se afilió al ISS desde el 25 de mayo de 1984 hasta 30 de junio de 1996 el cotizando 369,00 semanas (archivo GRP-SCH-HL inst. exp. digital); *ii)* que el 29 de mayo de 1996, solicitó traslado al RAIS mediante la suscripción de formulario de vinculación con la AFP Porvenir S.A., el cual se hizo efectivo a partir del **1° de julio de 1996** (f.° 72 - 75, archivo 03., carpeta 1ª inst. exp. digital); y *iii)* que posteriormente efectuó traslados horizontales entre administradoras del RAIS, así:

- El 21 de noviembre de 2002 solicitó el traslado a la AFP ING – hoy Protección S.A. el cual se hizo efectivo el 01 de enero de 2003.
- El 28 de mayo de 2003 solicitó nuevamente el traslado a Porvenir S.A. el cual se hizo efectivo el 01 de julio de 2003.

INEFICACIA DEL TRASLADO

Ha sostenido la alta Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral que cuando el conflicto suscitado tiene como origen la omisión de información al afiliado

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

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

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

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

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

Concluyó la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral que desde su fundación, las AFP tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. Sobre el particular, cabe traer a colación, lo dicho en la sentencia CSJ SL1055-2022, en la que se expuso:

Pues bien, es menester recordar que la Corte ha precisado de manera pacífica y reiterada que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones, se estableció en cabeza de las AFP el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados en forma clara, precisa y oportuna acerca de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas (CSJ: SL12136-2014, SL17595-2017, SL19447-2017, SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689-2019, SL3464- 2019, SL4360-2019, SL2611-2020 y SL4806-2020).

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

pudieran tomar decisiones informadas (CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019, CSJ SL4360-2019, CSJ 2611-2020, CSJ SL4806-2020, entre otras).

Ahora bien, además de lo expuesto por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia CSJ SL1055-2022 citada previamente, lo cierto es que desde el año 1993 se consagró la obligación en cabeza de las administradoras de fondos de pensiones de informar de forma integral y suficiente a los afiliados del sistema, para que estos pudiesen escoger el régimen pensional que les resulte más favorable, conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 -posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003- y el parágrafo del artículo 18 del Decreto 656 de 1994. Este último, textualmente establece: *«PARAGRAFO. Los informes sobre modalidades de pensión que suministren las administradoras a los afiliados deberán contener los datos necesarios y suficientes sobre las alternativas existentes, de tal forma que permitan a los afiliados tomar decisiones que consulten sus mejores intereses.»*

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

Así, para la fecha en que el accionante se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad –**01 de julio de 1996** -, la obligación de la AFP se enmarcaba en el primer periodo, según el cual debía entregar información suficiente y transparente que le permitiera elegir *«libre y voluntariamente»* la opción que mejor se ajustara a sus intereses (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019), conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 -posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003-, lo cual implicaba la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

Conforme lo anterior, la AFP Porvenir S.A. que fue la que propició el acto del traslado de régimen pensional tenía el deber de asesoría e información suficiente y transparente, pues desde la creación del sistema el legislador previó el derecho de

toda persona a elegir libre y voluntariamente el régimen pensional, lo cual no puede desconocerse, atentarse o impedirse en cualquier forma, so pena de las sanciones de que trata el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 y que la afiliación quede sin efecto, esto es, que se produzca su ineficacia, lo que ocurre justamente cuando la AFP omite su deber de información, tal y como lo ha señalado la Corte (CSJ SL4360-2019).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En lo que respecta a **la devolución de los gastos de administración, las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia**, cabe reseñar que la figura jurídica de la ineficacia del traslado supone que el mismo nunca ocurrió; es decir, debe entenderse que no existió el cambio al sistema privado de pensiones, lo que conduce a retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, como si el acto jurídico no hubiese existido, como efectos *ex tunc* (desde siempre). Bajo ese horizonte,

resulta necesario disponer que la AFP traslade a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, gastos de administración, primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, entre otros, con cargo a sus propias utilidades, tal y como lo ha admitido la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, pudiéndose traer a colación la sentencia CSJ SL1467-2021, en la que adocrinó:

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

Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adocrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJ SL2877-2020 y CSJ SL4811-2020). (Subrayadas fuera del texto original).

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

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

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

Cabe agregar, que por vía jurisprudencial se ha aceptado que los fondos de pensiones también deben devolver a Colpensiones las «*primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos*» (CSJ SL1055-2022, entre muchas otras); como en este caso, ello fue ordenado por la juez de primer nivel, se confirmará la decisión en su integridad. Se resalta que dichos valores, tal como lo previó el a quo, deben ser indexados, pues por el transcurso del tiempo han sufrido pérdida del valor adquisitivo, no siendo viable que Colpensiones deba asumirla; tampoco puede pensarse que por haberse generado rendimientos en la cuenta de ahorro individual de la actora, no hay lugar a ordenar la indexación, puesto que estos

no compensan la devaluación, por lo que se despachará de manera desfavorable el recurso que al respecto formuló Porvenir S.A.

Lo anterior, no genera ningún detrimento ni un desequilibrio para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, dado que la ineficacia del traslado de régimen de la demandante implica, como ya se dijo, la devolución de todos los dineros por él aportados al RAIS más sus rendimientos, frutos e intereses que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de esta de **manera íntegra** a Colpensiones, declaración que trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original (CSJ SL 4911-2019), de modo que no se genera afectación económica alguna a la mentada entidad.

PRESCRIPCIÓN

En cuanto a la excepción de prescripción que propusieron las demandadas, esta Sala ha manifestado reiteradamente que la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible porque se trata de un estado jurídico que no está sujeto a aquel fenómeno extintivo como tampoco las consecuencias económicas que esta declaración se derivan (CSJ SL1688-2019, reiterada en CSJ SL4360-2019).

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

COSTAS

En lo que respecta a las costas y agencias de segunda instancia, se condenará a Colpensiones y a Porvenir S.A., por no haber prosperado el recurso formulado en contra de la sentencia de primera instancia.

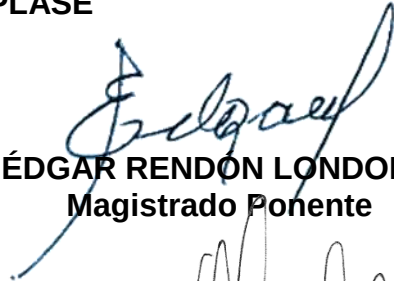
En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

AUTO PONENTE:

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



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

República de Colombia



Libertad y Orden

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

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	11001310503320210017301
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	EDITH MARLENE OVIEDO GONZÁLEZ
DEMANDADO	- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES - ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. - FONDO DE PRESTACIONES ECONÓMICAS CESANTÍAS Y PENSIONES “FONCEP

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

SENTENCIA:

ANTECEDENTES

Pretende la señora **EDITH MARLENE OVIEDO GONZÁLEZ** se **declare** la nulidad de su traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS), con Porvenir S.A., por el incumplimiento al deber de información en que incurrió esta entidad; que se declare que su afiliación inicial a pensiones fue al Régimen de Prima Media (en adelante RPM) con el ISS hoy Colpensiones, sin importar que posteriormente se hubiese vinculado al Fondo de Previsión del Distrito de Bogotá en marzo de 1987, del cual es responsable Colpensiones; que se declare que cumple los requisitos para acceder a la pensión de vejez. Como consecuencia de lo anterior, se ordene a Porvenir S.A. a enviar con destino a Colpensiones el valor de los saldos, aportes pensionales y rendimientos financieros que se hayan consignado en su cuenta de ahorro individual, junto con los gastos de administración y demás cobros efectuados; que se ordene a Colpensiones que acepte su vinculación, actualice su historia laboral y proceda a reconocer y a pagar la pensión de vejez a partir del 12 de mayo de 2018; que se ordene lo que resulte probado en uso de las facultades extra y ultra petita, al pago de costas y agencias en derecho.

Como hechos fundamento de las pretensiones (f° 8 a 34 archivo 1, carpeta 1ª inst. exp. digital), señaló, en síntesis, que nació el 12 de mayo de 1961; que se vinculó al ISS hoy Colpensiones desde el año 1986; que con posterioridad se adscribió como servidora de orden distrital al RPM con la Caja de Previsión Social del Distrito en diciembre de 1987, donde cotizó hasta enero de 1996, teniendo como empleador al Hospital El Tunal E.S.E.; que el responsable de los derechos de la Caja de Previsión Social es el Fondo de Prestaciones Económicas Pensiones y Cesantías de Bogotá (en adelante Foncep); que en enero de 1996, solicitó su traslado y vinculación al RAIS a través del diligenciamiento de un formulario de afiliación con Porvenir S.A.; que para el momento en que efectuó el traslado, desconocía el funcionamiento y características de los regímenes pensionales; que los asesores de Porvenir S.A. la indujeron en error para que realizara el traslado al RAIS pues le indicaron que tendría una mesada pensional superior, que podría pensionarse a cualquier edad y que no perdería ninguno de los beneficios que tenía en el RPM, sin que se le realizara una explicación detallada, cierta, completa y suficiente sobre el funcionamiento de los regímenes, sus características y las implicaciones de adelantar el tránsito.

Afirmó que, a la fecha de la presentación de la demanda contaba con 1.591 semanas cotizadas entre el RAIS y el RPM; que tenía 59 años de edad; que los días 29 de diciembre de 2020, y 07 de abril de 2021, presentó requerimientos ante Porvenir y Colpensiones, respectivamente, encaminados a que se le trasladara al RPM y, respecto de Porvenir además que se le entregara la documentación en la que constara la asesoría que se le dio cuando realizó el traslado, peticiones estas que fueron contestadas de forma desfavorable por ambas entidades y sobre la solicitud de documentos, Porvenir S.A. manifestó que la asesoría se había brindado de forma verbal y entregó copia del formulario de afiliación.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (f° 4 – 49 archivo 09 carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que la actora nació el 12 de mayo de 1961; que estuvo vinculada al RPM con Colpensiones en el año 1986 y que el 07 de abril de 2021, elevó ante esta administradora solicitud de retorno al RPM.

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

nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público e innominada o genérica.

FONCEP contestó (f° 2 – 18 archivo 07, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que la demandante nació el 12 de mayo de 1961; que la Caja de Previsión Social del Distrito de Bogotá fue liquidada por mandato de Ley y que el responsable de los derechos y obligaciones derivados de la liquidación de esa entidad era el FONCEP. Respecto de los demás hechos indicó que no le constaban.

Como excepciones de mérito, propuso las de El Fondo De Prestaciones Económicas Cesantías Y Pensiones “FONCEP” no participó ni intervino en el momento de selección de régimen de la demandante, ausencia de configuración o prueba de causales de nulidad y/o ineficacia de la afiliación, prescripción de la acción, inexistencia alguna obligación en cabeza de la demandada, buena fe, imposibilidad legal y constitucional de recibir afiliados por parte del FONCEP al ser Colpensiones el administrador del régimen de prima media- reglas de competencia y la genérica.

De otro lado, la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** contestó (f° 2 – 42 archivo 06, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que la actora nació el 12 de mayo de 1961; que suscribió formulario de afiliación a Porvenir S.A. el 17 de enero de 1996, el cual se hizo efectivo el 01 de febrero de 1996; que la demandante elevó ante la AFP solicitud de retorno al RPM y de entrega de los documentos en los que se registrada la asesoría, la cual fue contestada de manera negativa respecto del traslado al RPM y sobre la documentación se aportó el formulario de afiliación y se indicó que la asesoría había sido verbal. Como excepciones de fondo, propuso las de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y tres Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 23 de noviembre de 2023 (archivos 22 - 24 carpeta 1ª inst. exp. digital), resolvió:

DECLARAR la INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN de EDITH MARLENE OVIEDO GONZÁLEZ identificada con C.C. No. 51.748.434 de Bogotá al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, administrado por la AFP PORVENIR S.A., y con esto a la afiliación realizada el 17 de enero 1996.

SEGUNDO: DECLARAR que la Sra. EDITH MARLENE OVIEDO GONZÁLEZ actualmente se encuentra afiliada en forma efectiva a la administradora del Régimen de Prima Media

con Prestación Definida - ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES-.

TERCERO: ORDENAR a PORVENIR S.A., realizar el traslado de los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual de EDITH MARLENE OVIEDO GONZÁLEZ a COLPENSIONES, junto con sus respectivos intereses, rendimientos, bonos pensionales, cuotas y/o gasto de administración, comisiones, porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades, todos debidamente indexados. 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 COLPENSIONES recibir el traslado de las sumas anteriormente descritas, así como REACTIVAR la afiliación de EDITH MARLENE OVIEDO GONZÁLEZ.

QUINTO: ABSOLVER a COLPENSIONES de la pretensión de vejez planteada por la parte demandante por no acreditarse aún el requisito de desafiliación del art. 13 Acuerdo 049 de 1990.

SEXTO: ORDENAR a COLPENSIONES integrar la historia laboral de la demandante con los tiempos públicos y privados derivados de los certificados cetil y los ciclos reportados durante la vida laboral de la accionante provenientes del RAIS.

SÉPTIMO: ORDENAR a COLPENSIONES a que en el término de un mes una vez expedido el auto de obedézcse y cúmplase lo resuelto por el superior, determine los derechos pensionales de la demandante una vez se evidencie retiro del sistema o se refleje la última cotización al sistema.

OCTAVO: ABSOLVER al FONCEP de las pretensiones de reconocimiento pensional y de afiliación en atención a lo dispuesto en el artículo 6° del Decreto 813 de 1994.

NOVENO: DECLARAR NO PROBADA la excepción de prescripción e inexistencia del derecho respecto de la pretensión de ineficacia del traslado, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

DÉCIMO: CONMINAR a COLPENSIONES y a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO procedan a establecer mecanismos procesales y administrativos que permitan determinar los eventuales perjuicios que surjan a raíz de los procesos de ineficacia del traslado del RPM al RAIS.

DÉCIMO PRIMERO: COSTAS de esta instancia a cargo de PORVENIR S.A. Se fijan como Agencias en Derecho la Suma de CUATRO (4) SMLMV, en favor de la demandante. Sin costas para COLPENSIONES, sin costas para FONCEP.

Para **fundamentar su decisión** sostuvo que para estudiar la legalidad del traslado de la demandante la normatividad aplicable eran los artículos 13, 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, y los cánones 10 y 12 de la Ley 720 de 1994, los cuales estaban vigentes para el año 1996, fecha en la que la actora efectuó el tránsito, disposiciones que establecían a cargo de las AFPs el deber de dar información acerca de las características del sistema, las condiciones de acceso a las prestaciones, los efectos y riesgos de ambos regímenes pensionales, esto como una medida de protección que le permitiera al usuario tomar una decisión informada y consiente sobre su futuro pensional.

Señaló que, conforme a la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral sobre ineficacia del traslado, siempre se debe verificar la asesoría dada al

afiliado, fijando, primero, que las AFP desde su creación tenían el deber de brindar información a los usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional; segundo, que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones allí consignadas no eran suficientes para dar por demostrado el deber de información, que acreditaban un consentimiento, pero no informado; tercero, que las AFP tenía la carga de demostrar cuál había sido la información entregada al potencial afiliado; y cuarto, que para que procediera la ineficacia no era necesario contar con una expectativa pensional o derecho causado.

Precisó que, acorde con lo expuesto no era de recibo el argumento señalado por Porvenir S.A., según el cual para el año 1996 no existía el deber de información a cargo de las AFPs y que bastaba con el simple diligenciamiento de un formulario de afiliación, pues aunque no se desconocía que con el transcurrir del tiempo las obligaciones relacionadas con el deber de información a cargo de esas entidades se hicieron más exigentes, lo cierto era que en la normatividad previamente nombrada se establecía con claridad que los fondos privados tenían para esa data la obligación de informar en debida forma a los usuarios.

Adujo que, al verificar las pruebas obrantes en el expediente se hallaba formulario de afiliación a Porvenir S.A. del 17 de enero de 1996, el cual contenía los datos de la demandante, pero sin que de él se pudiese deducir que se le dio una debida información o asesoría, por lo que concluyó que no se cumplía con las reglas previstas por la Corte Suprema de Justicia en su línea jurisprudencial, como lo eran que el acto de traslado estuviese precedido de un consentimiento informado y que se demostrara el suministro de la debida información, pues no se aportaron elementos de juicio adicionales que permitieran inferir que la actora se le hubiese presentado algún otro documento o se le hubiese efectuado un estudio de su situación pensional.

Advirtió que, del interrogatorio de parte rendido por la demandante no se obtuvo confesión alguna pues esta indicó que no conocía cuáles eran las características de los sistemas pensionales porque no se le informaron al momento de la afiliación, que sólo le indicaron que tendría unos rendimientos, una mesada pensional superior a que obtendría en el RPM y que sus ahorros estarían seguros mientras que de permanecer en el ISS correrían riesgo porque el mismo desaparecería. Con base en ello, el a quo concluyó que no se le había suministrado una información completa, veraz y útil que le permitiera a la actora conocer las implicaciones del acto que realizó, lo que debía llevar a que se declarara la ineficacia del traslado.

Señaló que, en este caso estaba demostrado que la actora había prestado sus servicios para el sector público en el año 1988 con ocasión de lo cual se afilió a una caja de previsión, por lo que era importante tener en cuenta que la Ley 100 de 1993, buscó justamente desaparecer el número plural de cajas de previsión y unificar el sistema de seguridad social y, en virtud de ello, el Decreto 813 de 1994, determinó que las obligaciones pensionales de las personas vinculadas a tales cajas serían asumidas por Colpensiones, por lo que, en este caso, el retorno de la actora debía hacerse a esta entidad.

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

Respecto de la solicitud del reconocimiento de la pensión, precisó que de las pruebas obrantes en el expediente se advertía que la actora a la fecha de la presentación de la demanda y con posterioridad a ella continuaba cotizando y que había alcanzado 1.688 semanas, por lo que era claro que la demandante no contaba con novedad de retiro y desafiliación, cuestión que impedía reconocer la pensión en tanto no existía claridad acerca de la fecha en la que tendría derecho al disfrute de la prestación; que además era procedente darle la oportunidad a Colpensiones para que estudiara y determinara cuáles eran los derechos pensionales de la actora una vez recibiera los recursos provenientes de Porvenir S.A., por lo que se ordenaría a Colpensiones que efectuara la integración y actualización de la historia laboral de la demandante.

RECURSO DE APELACIÓN

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** presentó recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia solicitando que se revocara en su integridad. Para tal efecto, argumentó que, si bien existía una línea jurisprudencial sobre la ineficacia, lo cierto era que en este caso el traslado efectuado por la demandante a Porvenir se dio con apego de lo establecido en la Ley 100 de 1993, y la legislación vigente para el año 1996, y que en todo caso la actora debió haberse informado en debida forma como consumidora financiera. Expuso que, el a quo no tuvo en cuenta el precedente de la Corte Suprema de Justicia contenido en la sentencia SL494-2022 que abordó un caso análogo al presente en el que el actor, previo a su afiliación al RAIS sólo estuvo vinculado a una Caja de previsión, y sobre el particular la Corporación indicó que por el hecho de que el

demandante hubiese pertenecido a una caja de previsión, no podía tenersele como afiliado al RPM, por lo que no era procedente declarar ineficaz su afiliación al RAIS y ordenar su retorno al RPM.

Afirmó que, debía revocar también la restitución de gastos de administración, debido a que correspondían a una contraprestación por la debida diligencia de la AFP y que muestra de ello eran los rendimientos considerables generados sobre la cuenta de ahorro de la actora; que tampoco era procedente ordenar la indexación de los valores a restituir como quiera que los rendimientos obtenidos por Porvenir S.A. superaban con creces la depreciación de la moneda. Frente a los seguros previsionales, cuestionó la orden de reembolso de tales sumas argumentando que las primas ya habían sido pagadas y que la cobertura se había otorgado debidamente por las aseguradoras. Finalmente, solicitó que se revocara la condena en costas y agencias en derecho debido a que la AFP actuó en apego de la normatividad vigente.

COLPENSIONES presentó recurso de apelación, solicitando que se revocara integralmente la sentencia. Para tal efecto, argumentó que el a quo pasó por alto que para la fecha del traslado sólo se le exigía a la AFP la firma de un formulario de afiliación, circunstancia que además debía ser analizada para efectos de evaluar el cumplimiento de la carga de la prueba. Adujo que el a quo había realizado una indebida interpretación del artículo 1604 del Código Civil, pues llevaba al caso a una responsabilidad objetiva y no se le exigía a la demandante que comprobara el vicio, dolo o fuerza al momento de la afiliación, de modo que erradamente toda la carga se imponía en cabeza del fondo, lo que quebrantaba las cargas probatorias previstas en la nombrada disposición, la cual exigía la acreditación de un daño por parte del afectado.

Indicó que, el Juzgador tampoco tuvo en cuenta que la demandante tenía el deber de autocuidado como consumidora financiera, lo que le exigía informarse sobre los productos financieros que contrataba, cuestión que en este caso evidentemente ella desatendió; que pasó por alto el principio de la relatividad jurídica en virtud del cual un acto solo tenía efectos entre las partes que intervinieron en él, por lo que en este caso Colpensiones no podía salir afectada si se tenía en cuenta que no tuvo participación en el traslado; que quebrantó el principio de la sostenibilidad del sistema pensional al permitir que una persona que jamás había cotizado a Colpensiones retornada y se le reconociera una eventual pensión en perjuicio de los demás afiliados al sistema. Finalmente, manifestó que la actora no debería retornar a Colpensiones sino al FONCEP.

CONSIDERACIONES

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

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el traslado al régimen de ahorro individual que hizo la demandante a través de la AFP Porvenir S.A., fue ineficaz por falta de información, y si como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a Colpensiones todos los aportes realizados por la actora en el RAIS, junto con los gastos de administración.

En el presente asunto no son materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: **i)** que la señora **EDITH MARLENE OVIEDO GONZÁLEZ** nació el 12 de mayo de 1961 (f°34 - archivo 03, de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); **ii)** que cotizó al ISS entre el 01 de enero de 1996 y el 31 del mismo mes y año acumulando 4,29 semanas (f°125 archivo 10 1era. Inst. exp. digital); **iii)** que estuvo afiliada a la Caja de Previsión de Bogotá entre el 03 de diciembre de 1987 y el 31 de diciembre de 1995 (archivo 18, de la carpeta 1ª inst. exp. Digital) y **iv)** que el **17 de enero de 1996**, se trasladó al RAIS mediante la suscripción de un formulario de vinculación con Porvenir S.A., el cual se hizo efectivo a partir del **01 de febrero de 1996** (f° 43 y 115 archivo 08, de la carpeta 1ª inst. exp. Digital), administradora en la que continúa afiliada.

INEFICACIA DEL TRASLADO

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

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

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

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

Financiero y se dictan otras disposiciones», en la cual se recalca en su artículo 21, ese deber **preexistente** de información a cargo de las AFP, en el sentido que la información suministrada tenía como propósito no solo evaluar las mejores opciones del mercado sino también la de *«poder tomar decisiones informadas»*.

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

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

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

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

Así, para la fecha en la que la accionante se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad –**01 de febrero de 1996**–, la obligación de la AFP se enmarcaba en el primer periodo, según el cual debía entregar información suficiente y transparente que le permitiera elegir *«libre y voluntariamente»* la opción que mejor se ajustara a sus intereses (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019), conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del

Decreto 663 de 1993 -posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003-, lo cual implicaba la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

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

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

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

Frente al reparo formulado por Porvenir y por Colpensiones según el cual para la fecha en que la demandante llevó a cabo el traslado al RAIS no le era exigible a esta administradora suministrar la información con el detalle que se requiere, la Sala indica que no está llamado a prosperar, pues, además de lo expuesto por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia CSJ SL1055-2022 citada previamente, lo cierto es que desde el año 1993 se consagró la obligación en cabeza de las administradoras de fondos de pensiones de informar de manera integral y suficiente a los afiliados del sistema, para que estos pudiesen escoger el régimen pensional que les resultara más favorable,

conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 -posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003- y el párrafo del artículo 18 del Decreto 656 de 1994. Este último, textualmente establece: *«PARAGRAFO. Los informes sobre modalidades de pensión que suministren las administradoras a los afiliados deberán contener los datos necesarios y suficientes sobre las alternativas existentes, de tal forma que permitan a los afiliados tomar decisiones que consulten sus mejores intereses.»*

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

De otra parte, se observa que Porvenir basado en la sentencia CSJ SL494-2022 sostiene que la afiliación de la actora a la Caja de Previsión no podía tenerse como una vinculación al RPM y que en tal sentido ella nunca perteneció a ese régimen por lo que no podría declararse la ineficacia de su traslado al RAIS. Al respecto, esta Sala indica que tal argumento no tiene vocación de prosperidad, toda vez que de la historia laboral obrante en el expediente se desprende con claridad que la actora sí estuvo afiliada al entonces ISS en enero de 1996 (fº125 archivo 10 1era. Inst. exp. digital), y que en ese mismo mes solicitó su traslado al RAIS con Porvenir, el cual se hizo efectivo el 01 de febrero de 1996 (fº 43 y 115 archivo 08, de la carpeta 1ª inst. exp. Digital), de modo que es claro que los supuestos de hecho analizados en la sentencia que utilizó el recurrente para cuestionar la decisión del a quo no son análogos al caso que nos ocupa.

Sin perjuicio de lo anterior, no puede perderse de vista que los artículos 52 de la Ley 100 de 1993 y 34 del Decreto 692 de 1994, dispusieron que el RPM sería administrado por el ISS – hoy Colpensiones, así como por las cajas, fondos o entidades de previsión públicas o privadas, aclarando que éstas últimas ejercerían la administración únicamente respecto de sus afiliados y mientras dichas entidades subsistieran (estableciendo como término máximo para su funcionamiento el 30 de junio de 1995), de lo cual se desprende con claridad que los trabajadores vinculados a las nombradas cajas hacían parte del RPM. Además, es pertinente referir que sobre el asunto ya existe una

jurisprudencia sentada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la que se determina que, declarada la ineficacia del traslado de los usuarios que estuviesen afiliados inicialmente a CAJANAL, es procedente su retorno a Colpensiones, por ser el actual y único administrador del RPM. Es Así, como en sentencia CSJ SL5655-2021, dicha Corporación expuso:

(...) es oportuno destacar que el Decreto 2196 de 12 de junio de 2009 ordenó la supresión y liquidación de Cajanal y dispuso el traslado de sus afiliados al ISS, hoy Colpensiones.

Asimismo, que el artículo 156 de la Ley 1151 de 2007 creó la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP, entidad a la que le delegó, entre otras funciones, el reconocimiento de los derechos pensionales y prestaciones económicas de los afiliados a Cajanal, «causados hasta su cesación de actividades como administradora; así como los correspondientes a servidores públicos que cumplieron el tiempo de servicio requerido por ley y sin contar con el requisito de edad, pero que estaban retirados o desafiliados del RPMPD con anterioridad a su cesación de actividades como administradoras».

En este asunto no se discute que para la fecha en que la accionante se trasladó al régimen de ahorro individual -1.º de marzo de 2003- no tenía un derecho consolidado, de modo que la UGPP no tiene incidencia en el eventual reconocimiento de sus prestaciones (CSJ SL2208-2021).

Así las cosas, el regreso al statu quo implica que la actora debe ser redirigida al único ente que hoy administra las afiliaciones del régimen de prima media con prestación definida, esto es, el ISS, hoy Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones, que asumió esta obligación conforme se indicó (subraya fuera del texto).

En igual sentido, la nombrada Corporación en reciente sentencia CSJ SL2932-2022, puntalizó:

Por otra parte, debe aclararse que el hecho que la afiliada estuviese vinculada a Cajanal implica que su retorno debe hacerlo a Colpensiones. En efecto, recuérdese que dicha entidad administró en su momento el régimen de prima medida y, a raíz de su supresión y liquidación, se ordenó el traslado de sus afiliados al ISS, hoy Colpensiones, conforme al Decreto 2196 de 12 de junio de 2009. Por tanto, la vuelta al statu quo implica que la actora sea redirigida al único ente que hoy administra las afiliaciones en dicho régimen, esto es, Colpensiones, quien asumió esta obligación en virtud de lo dispuesto en la Ley 1151 de 2007 y el Decreto Extraordinario 4121 de 2011.

Cabe precisar que, la sentencia citada por Porvenir fue proferida por la Sala de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia, dependencia que no está habilitada para variar el precedente de la Sala de Casación Laboral permanente, ni para crear jurisprudencia, conforme lo prevé el parágrafo del artículo 2 de la Ley 1718 de 2016, razones estas por las que no se acogerá el reparo que en tal sentido formuló Porvenir.

En lo que respecta a los **gastos de administración, las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia** y demás emolumentos ordenados devolver por parte de los fondos de pensiones privados, cabe reseñar que la figura jurídica de la ineficacia del traslado, supone que el mismo nunca ocurrió; es decir, debe entenderse que no existió el cambio al sistema privado de pensiones, lo que conduce a retrotraer las

cosas al estado en que se encontraban, como si el acto jurídico no hubiese existido, como efectos *ex tunc* (desde siempre). Bajo ese horizonte, resulta totalmente válido, que se disponga que las AFP privadas, trasladen a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, gastos de administración, primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, entre otros, con cargo a sus propias utilidades, tal y como lo ha admitido la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, pudiéndose traer a colación la sentencia CSJ SL1467-2021, en la que adocrinó:

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

Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adocrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJ SL2877-2020 y CSJ SL4811-2020). (Subrayadas fuera del texto original).

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

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

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

Cabe agregar, que por vía jurisprudencial se ha aceptado que los fondos de pensiones también deben devolver a Colpensiones las «*primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos*» (CSJ SL1055-2022, entre muchas otras); tal y como lo dispuso el juez de instancia, en la sentencia objeto de censura. Dichos valores deben ser indexados, pues por el transcurso del tiempo han sufrido pérdida del valor adquisitivo, no siendo viable que Colpensiones deba asumirla; tampoco puede pensarse que por haberse generado rendimientos la cuenta de ahorro individual de la actora, no hay lugar a ordenar la indexación, puesto que estos no

compensan la devaluación, por lo que se despachará desfavorablemente el reparo que en ese sentido formuló la AFP demandada.

Lo anterior, no genera ningún detrimento ni un desequilibrio para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, dado que la ineficacia del traslado de régimen de la demandante implica, como ya se dijo, la devolución de todos los dineros por ella aportados al RAIS más sus rendimientos, frutos e intereses que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de esta de **manera íntegra** a Colpensiones, declaración que trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original (CSJ SL 4911-2019).

PRESCRIPCIÓN

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

COSTAS

En lo respecta al reparo formulado por Porvenir, encaminado a que se revoque la condena en costas de primera instancia en su contra, encuentra esta Sala que no le asiste razón, pues de conformidad con el numeral 1 del artículo 365 del Código General del Proceso aplicable en materia laboral por remisión del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, se debe condenar en costas a la parte vencida en el proceso, que en este caso además fue justamente la AFP, máxime cuando ninguna de las excepciones que formuló en sede de primera instancia prosperaron. Por lo expuesto, se despachará desfavorablemente tal reparo.

Frente a las costas y agencias en derecho de esta instancia, se condenará a Colpensiones y a Porvenir S.A. al pago de estas, por no haber prosperado el recurso formulado por ellas en contra de la sentencia de primera instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Treinta y tres Laboral del Circuito de Bogotá.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

AUTO DEL PONENTE:

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



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

República de Colombia



Libertad y Orden

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

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	11001310503520210003701
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	HELIO RAFAEL TAMAYO TAMAYO
DEMANDADO	- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES - SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

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

SENTENCIA:

ANTECEDENTES

Pretende el señor **HELIO RAFAEL TAMAYO TAMAYO** se **declare** la ineficacia de su traslado del régimen de prima media con prestación definida (en adelante RPM) al de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS) efectuado con Porvenir S.A. Como consecuencia de lo anterior, pretende que se **condene** a esa AFP devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de su afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus rendimientos e intereses y que a su vez se **condene** a Colpensiones a continuar con su afiliación; que se condene a las demandadas a lo que resulte probado en uso de las facultades extra y ultra petita, al pago de costas y agencias en derecho.

Como hechos fundamento de las pretensiones (f° 5 a 23 archivo 1, carpeta 1ª inst. exp. digital), señaló, en síntesis, que cotizó en el RPM con el ISS hoy Colpensiones desde el 01 de octubre de 1995, hasta el 31 de diciembre de 2002; que posteriormente cotizó en el RAIS desde el 01 de enero de 2003, hasta la presentación de la demanda con Porvenir S.A.; que al momento de efectuar el traslado de régimen el asesor de la AFP

no le suministró la información necesaria para tomar una decisión, sin que se le efectuara una adecuada proyección pensional; que los días 27 de diciembre de 2018, y 15 de enero de 2019, radicó ante Porvenir S.A. y Colpensiones, respectivamente, derechos de petición encaminados a que se le retornara al RPM, los cuales fueron contestados de forma negativa por ambas entidades. Finalmente, resaltó que la pensión que obtendría en el RPM de no haberse trasladado sería superior a la que le sería reconocida en el RAIS.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (archivo 12 carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que el demandante cotizó en el RPM con el ISS hoy Colpensiones desde el 01 de octubre de 1995, hasta el 31 de diciembre de 2002; que posteriormente cotizó en el RAIS desde el 01 de enero de 2003, hasta la presentación de la demanda con Porvenir S.A.; que el 15 de enero de 2019, el actor presentó derecho de petición a Colpensiones encaminado a que se le retornara al RPM, el cual fue contestado de forma negativa por esta entidad. Respecto de los demás hechos indicó que no le constaban.

Como excepciones de mérito, propuso las de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público e innominada o genérica.

De otro lado, la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** contestó (fº 1 – 28 archivo 11, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, no aceptó ninguno e indicó que no le constaban o que no eran ciertos. Como excepciones de fondo, propuso las de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y excepción genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 03 de octubre de 2022 (archivos 24-26 carpeta 1ª inst. exp. digital), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado efectuado por HELIO RAFAEL TAMAYO TAMAYO, al régimen de Ahorro Individual con Solidaridad con la AFP

PORVENIR S.A., y como consecuencia de ello, se ordena a dicha AFP 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 del demandante por los gastos de administración, conforme al tiempo que este 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 HELIO RAFAEL TAMAYO TAMAYO 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

Para **fundamentar su decisión** sostuvo que el señor HELIO RAFAEL TAMAYO se trasladó del RPM al RAIS a través de la AFP Porvenir en enero de 2003; que en principio aplicando únicamente lo previsto en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, el demandante no tendría derecho a efectuar el traslado de régimen. No obstante, indicó a renglón seguido que la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, ha desarrollado una línea jurisprudencial que se recopila, entre otras, en las sentencias SL-145-2021 y SL4388-2020, en la que ha determinado una serie de subreglas para declarar la ineficacia de un traslado de régimen pensional.

Resaltó que, la primera subregla consistía en que el afiliado, al momento de trasladarse, debía expresar su consentimiento informado, de manera que si este manifestaba que no existió tal consentimiento, se invertía la carga de la prueba para que fuera el fondo el que tuviese que acreditar que el afiliado sí contó con tal información, debido a que era obligación de estas entidades demostrar que no existió asimetría en la información y que el trabajador tenía todos los elementos de juicio necesarios para tomar una decisión. También identificó como subregla que imponer leyendas en los formularios de afiliación da cuenta del consentimiento sin vicio del afiliado, pero no demuestra que el tal consentimiento hubiese sido informado, lo cual sólo se cumplía si se exponían todas las alternativas del traslado junto con sus condiciones favorables y desfavorables.

Señaló que, el deber de información al momento del traslado entre regímenes era una obligación que correspondía a las administradoras de fondos de pensiones y su ejercicio debía ser de tal diligencia, que permitiera comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión, durante todas las etapas de la afiliación.

Agregó que, le correspondía a Porvenir S.A. demostrar que al momento del traslado de régimen del demandante le suministró información clara, completa y comprensible sobre los beneficios y desventajas del cambio de régimen, o si le informó sobre los riesgos y efectos negativos de su decisión, pues recordó que conforme a la línea jurisprudencial que desarrolla la materia, la información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad, una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el *sub lite*, la elección del régimen pensional trasciende el simple deber de información; que como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas con sus beneficios e inconvenientes, aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

Frente a los efectos de la ineficacia, refirió que era el de retrotraer las cosas como si el cambio al RAIS nunca se hubiese efectuado, por lo que las AFPS debían devolver a Colpensiones todos los valores que hubiese recibido con ocasión de la afiliación del actor junto con los frutos e intereses, los rendimientos que se hubiesen causado, gastos de administración y con cargo a sus propios recursos. Correlativamente, condenó a Colpensiones deberá a afiliar nuevamente al actor.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES presentó recurso de apelación, solicitando que se revocara la decisión en su integridad. Para tal efecto, resaltó que el a quo no tuvo en cuenta que el actor se afilió de manera voluntaria al RAIS con Porvenir, momento en el que aceptó las particularidades del régimen pensional, que éste fue debidamente asesorado y firmó un formulario que tenía plena validez y cuya firma no fue tachada de falsa. Mencionó que el Despacho omitió que el actor, como usuario del sistema financiero, tenía la obligación de verificar las condiciones particulares de su traslado, de informarse sobre sus implicaciones y de escoger la condición que le resultara más favorable; que el a quo tampoco evaluó que el demandante se encontraba en la prohibición prevista en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003.

Cuestionó que, el Juzgado pasó por alto el principio de sostenibilidad financiera del sistema de seguridad social, que en el RPM todos los aportes subsidiaban las prestaciones de los afiliados, de modo que permitir el retorno de una persona que hacía más de 20 años no cotizaba a ese régimen, afectaría a los demás afiliados que han mantenido incólume su vinculación y que en este caso no se había demostrado que el valor que se ordenó retornar a Colpensiones pudiese solventar por completo la eventual pensión de vejez del actor.

CONSIDERACIONES

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

PROBLEMA JURÍDICO

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

En el presente asunto no son materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: **i)** que el señor **HELIO RAFAEL TAMAYO TAMAYO** nació el 10 de julio de 1954 (f° 77- archivo 09 de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); **ii)** que cotizó al ISS entre el 01 de octubre de 1995 y el 31 de diciembre de 2002, acumulando un total de 311,71 semanas (archivo HL-2013_6549579 archivo 12 de la carpeta 1ª inst. exp. Digital) y **iii)** que el 21 de enero de 2003, se trasladó al RAIS mediante la suscripción de un formulario de vinculación con Porvenir S.A., el cual se hizo efectivo a partir del **01 de marzo de 2003** (f° 74-76 archivo 11.1, de la carpeta 1ª inst. exp. Digital), administradora en la que continúa afiliado.

INEFICACIA DEL TRASLADO

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

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

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

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

En ese sentido, precisó dicha Corporación que no puede argüirse que *«existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y*

*suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito» (CSJ SL12136-2014, CSJ SL1467-2021). Igualmente, resaltó que el Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.º del artículo 97, la obligación de las mismas de «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado», haciendo alusión a la Ley 795 de 2003, «Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones», en la cual se recalca en su artículo 21, ese deber **preexistente** de información a cargo de las AFP, en el sentido que la información suministrada tenía como propósito no solo evaluar las mejores opciones del mercado sino también la de «poder tomar decisiones informadas».*

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

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

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

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

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

con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido (sentencia CSJ SL4062-2021).

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

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

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

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

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

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

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

Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020 y CSJ SL4811-2020). (Subrayadas fuera del texto original).

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

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

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

Cabe agregar, que por vía jurisprudencial se ha aceptado que los fondos de pensiones, también deben devolver a Colpensiones las «*primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos*» (CSJ SL1055-2022, entre muchas otras), cuestión que no fue ordenada en su integridad por el a quo.

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

Dichos valores deben ser indexados, pues por el transcurso del tiempo han sufrido pérdida del valor adquisitivo, no siendo viable que Colpensiones deba asumirla; tampoco puede pensarse que por haberse generado rendimientos la cuenta de ahorro individual del actor, no hay lugar a ordenar la indexación.

Lo anterior, no genera ningún detrimento ni un desequilibrio para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, dado que la ineficacia del traslado de régimen de la demandante implica, como ya se dijo, la devolución de todos los dineros por ella aportados al RAIS más sus rendimientos, frutos e intereses que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de esta de **manera íntegra** a Colpensiones, declaración que trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original (CSJ SL 4911-2019).

PRESCRIPCIÓN

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

COSTAS

Se condenará en costas y agencias en derecho de segunda instancia a Colpensiones por no haber prosperado el recurso formulado por esta en contra de la sentencia de primera instancia, de conformidad con el numeral 1 del artículo 365 del Código General del Proceso aplicable en materia laboral por remisión del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

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

RESUELVE:

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

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

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

AUTO PONENTE:

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



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

República de Colombia



Libertad y Orden

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

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	11001310503520210023301
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	RICARDO MORA GUTIÉRREZ
DEMANDADO	- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES - SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. - ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

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

SENTENCIA:

ANTECEDENTES

Pretende el señor **RICARDO MORA GUTIÉRREZ** se **declare** la ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida (en adelante RPM) al de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS) y que se encuentra válidamente afiliado al RPM con Colpensiones. Como consecuencia de lo anterior, pretende que se **condene** a Porvenir S.A. y a Protección S.A. a trasladar a Colpensiones sus aportes en pensiones como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, con sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil, con los rendimientos que se hubiesen causado a la fecha en que se haga efectiva la transferencia y que su vez Colpensiones incorpore tales aportes a su historia laboral; que se condene a las demandadas al pago de costas, agencias en derecho y a lo que resulte probado en ejercicio de las facultades extra y ultra petita.

Como hechos fundamento de las pretensiones (archivo 01 primera inst. exp. digital), señaló, en síntesis, que nació el 25 de febrero de 1965; que al inicio de su vida

laboral estuvo afiliado al RPM el entonces ISS desde 03 de diciembre de 1985; que posteriormente se trasladó a Porvenir S.A.; que al momento del cambio de régimen, los asesores de esa AFP no le brindaron la información debida acerca de los efectos de tal acto, ni le efectuaron un estudio sobre su situación pensional y, en su lugar, afirmaron que tendría un mejor futuro pensional de trasladarse al RAIS; que el 30 de enero de 2007, fue trasladado a Protección S.A., sin que se le realizara una asesoría adecuada.

Afirmó que, su promedio de cotización hasta agosto de 2018, era de \$1.920.000; que de conformidad con proyección efectuada por Protección S.A. su mesada pensional cuando cumpla los 62 años sería de \$1.650.000. Finalmente, indicó que los días 12 de diciembre de 2019 y 13 de junio de 2020, presentó ante Porvenir y Colpensiones solicitud de retorno al RPM, las cuales fueron contestadas de forma negativa por ambas entidades.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (archivo 24, carpeta 1ª inst. exp. digital) oponiéndose a las pretensiones de la demanda. Respecto a los hechos, aceptó que el demandante nació el 25 de febrero de 1965; que estuvo afiliado al RPM con el entonces ISS desde el 03 de diciembre de 1985; que posteriormente se trasladó a Porvenir S.A. y que el 13 de junio de 2020, presentó ante Colpensiones solicitud de traslado al RPM la cual fue negada por esta entidad. Respecto de los demás hechos, indicó que no le constaban.

Como excepciones de mérito, propuso las de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica.

La AFP PORVENIR S.A., contestó (fº 3 a 33 archivo 08, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. Respecto a los hechos, aceptó que el demandante nació el 25 de febrero de 1965; que posteriormente se trasladó a Porvenir S.A. y que el día 12 de diciembre de 2019, el actor radicó derecho de petición solicitando que se anulara su afiliación al RAIS y que se remitiera copia de los documentos en los que constara el estudio pensional que se le efectuó al momento del traslado, frente a la cual la AFP contestó de manera negativa frente de la anulación. Sobre los demás hechos indicó que no le constaban.

Como excepciones de mérito, propuso las de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

El *a quo*, en auto del 23 de noviembre de 2022, tuvo por no contestada la demanda por parte de **PROTECCIÓN S.A.**, decisión que no fue cuestionada por ninguna de las partes.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 30 de enero de 2023 (archivos 37 carpeta 1ª inst. exp. digital), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado efectuado por RICARDO MORA GUTIÉRREZ, al régimen de Ahorro Individual con Solidaridad con la AFP PORVENIR, y como consecuencia de ello, se ordena a la AFP PROTECCIÓN 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 Y PROTECCIÓN S.A 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 este 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 afiliar a RICARDO MORA GUTIÉRREZ al régimen de prima media con prestación definida y recibir todos los aportes que ésta hubiese efectuado a la administradora de pensiones y cesantías PROTECCIÓN 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 Y PROTECCIÓN S.A.

El Juzgado de primera instancia, **basó su decisión fundamentalmente** en que el señor **RICARDO MORA GUTIÉRREZ** se trasladó del RPM al RAIS a través de la AFP Porvenir en junio de 1994; que en principio aplicando únicamente lo previsto en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003, el demandante no tendría derecho a efectuar el traslado de régimen. No obstante, indicó a renglón seguido que la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, ha desarrollado una línea jurisprudencial que se recopila, entre otras, en las sentencias SL-145-2021 y SL4388-2020, en la que ha determinado una serie de subreglas para declarar la ineficacia de un traslado de régimen pensional. Resaltó que la primera subregla consistía en que el afiliado, al momento de trasladarse, debía expresar su consentimiento informado, de manera que si este manifestaba que no existió tal consentimiento, se invertía la carga de la prueba para que fuera el fondo el que tuviese que acreditar que el afiliado sí contó con tal información, debido a que era obligación de estas entidades demostrar que no existió

asimetría en la información y que el trabajador tenía todos los elementos de juicio necesarios para tomar una decisión. También identificó como subregla que imponer leyendas en los formularios de afiliación da cuenta del consentimiento sin vicio del afiliado, pero no demuestra que el tal consentimiento hubiese sido informado, lo cual sólo se cumpliría si se exponían todas las alternativas del traslado junto con sus condiciones favorables y desfavorables.

Señaló que, el deber de información al momento del traslado entre regímenes era una obligación que correspondía a las administradoras de fondos de pensiones y su ejercicio debía ser de tal diligencia, que permitiera comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión, durante todas las etapas de la afiliación.

Agregó que, le correspondía a Porvenir S.A. demostrar que al momento del traslado de régimen del demandante le suministró información clara, completa y comprensible sobre los beneficios y desventajas del cambio de régimen, o si le informó sobre los riesgos y efectos negativos de su decisión, pues recordó que conforme a la línea jurisprudencial que desarrolla la materia, la información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad, una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el *sub lite*, la elección del régimen pensional trasciende el simple deber de información; que como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas con sus beneficios e inconvenientes, aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

Respecto del argumento utilizado por la parte pasiva, según el cual el traslado horizontal efectuado por el actor correspondía a un acto de relacionamiento que ratificaba su ánimo de permanecer en el RAIS, el a quo indicó que, no era de recibo como quiera que Protección S.A. tampoco había demostrado que efectuó una debida asesoría al demandante y que en todo caso las actuaciones posteriores no subsanarían la omisión en que incurrió Porvenir S.A. en el traslado primigenio.

Frente a los efectos de la ineficacia, refirió que era el de retrotraer las cosas como si el cambio al RAIS nunca se hubiese efectuado, por lo que las AFPS debían devolver a Colpensiones todos los valores que hubiese recibido con ocasión de la afiliación del actor junto con los frutos e intereses, los rendimientos que se hubiesen causado, descuentos a fondos de pensión mínima, sin descontar valor alguno por comisiones y gastos de administración y con cargo a sus propios recursos. Correlativamente, condenó a Colpensiones deberá a afiliar nuevamente al actor.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES interpuso recurso de apelación a efectos de que se revocara integralmente la sentencia de primera instancia. Para tal efecto, argumentó que el a quo no tuvo en cuenta que el actor había expresado su ánimo de pertenecer al RAIS por haber estado vinculado sin ejercer objeción alguna por más de 28 años y además, había efectuado traslados horizontales entre administradoras de ese régimen lo que ratificaba su voluntad de mantenerse.

Cuestionó que, el a quo pasó por alto que en este caso permitir el retorno del actor al RPM contribuiría a la descapitalización del sistema pensional, poniendo en peligro a los afiliados que sí habían cotizado a ese régimen, debido a que Colpensiones debería reconocer una pensión a una persona que hacía 28 años no aportaba ningún recurso al RPM. Refirió que, debía autorizarse a Colpensiones a obtener por las vías judiciales el resarcimiento de los perjuicios que le generaría el recibir y pagar la pensión al actor y que debería revocarse la condena en costas de segunda instancia.

CONSIDERACIONES

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

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual que hizo el demandante a través de la AFP Porvenir S.A. es ineficaz por falta de información, así como los traslados horizontales efectuados con posterioridad y si, como consecuencia de ello hay lugar a ordenar a las AFPs retornar a Colpensiones todos los aportes realizados por el actor en el RAIS, junto con los gastos de administración y demás deducciones.

En el presente asunto no son materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: *i)* que el señor **RICARDO MORA GUTIÉRREZ** nació el 25 de febrero de 1965 (f°67 archivo 05 carpeta 1ª inst. exp. digital; *ii)* que estuvo afiliado al ISS hoy Colpensiones en donde cotizó desde el 03 de diciembre de 1985 hasta el 31 de agosto de 1990 acumulando un total de 149,71 semanas (archivo 25 carpeta 1ª inst. exp. digital); *iii)* que a través de formulario firmado el 28 de junio de 1994, solicitó el traslado de régimen pensional a la AFP Porvenir S.A., el cual se hizo efectivo el **01 de julio de 1994** (f° 34-35 archivo 15 carpeta 1ª inst. exp. digital) y *iv)* que a través de formulario firmado el 23 de octubre de 2007, solicitó el traslado de régimen pensional a la AFP Protección S.A., el cual se hizo efectivo el **01 de diciembre de 2007**, donde continúa afiliado a la actualidad (f° 36-37 archivo 29 carpeta 1ª inst. exp. Digital)

INEFICACIA DEL TRASLADO

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

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

una clara preeminencia respecto al afiliado lego, a tal punto que la legislación considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros (artículo 11, literal b), Ley 1328 de 2009) (CSJ SL1452-2019).

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

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

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

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

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

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

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

Conforme lo anterior, Porvenir S.A. que fue la que propició el acto del traslado de régimen pensional tenía el deber de asesoría e información suficiente y transparente, pues desde la creación del sistema el legislador previó el derecho de toda persona a elegir libre y voluntariamente el régimen pensional, lo cual no puede desconocerse, atentarse o impedirse en cualquier forma, so pena de las sanciones de que trata el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 y que la afiliación quede sin efecto, esto es, que se

produzca su ineficacia, lo que ocurre justamente cuando la AFP omite su deber de información, tal y como lo ha señalado la Corte (CSJ SL4360-2019).

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

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

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

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

Tampoco podría sostenerse que al haber realizado el afiliado traslados horizontales de un fondo de pensiones a otro, dentro del mismo régimen –actos de relacionamiento-, conocía a cabalidad las características del RAIS y demuestra su

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adocrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJ SL2877-2020 y CSJ SL4811-2020). (Subrayadas fuera del texto original).

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

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

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

Cabe agregar, que por vía jurisprudencial se ha aceptado que los fondos de pensiones, también deben devolver a Colpensiones las «*primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos*» (CSJ SL1055-2022, entre muchas otras), cuestión que no fue ordenada en su integridad por el a quo.

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

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

Dichos valores deben ser indexados, pues por el transcurso del tiempo han sufrido pérdida del valor adquisitivo, no siendo viable que Colpensiones deba asumirla; tampoco puede pensarse que por haberse generado rendimientos la cuenta de ahorro individual del actor, no hay lugar a ordenar la indexación.

Lo anterior, no genera ningún detrimento ni un desequilibrio para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, dado que la ineficacia del traslado de régimen del demandante implica, como ya se dijo, la devolución de todos los dineros por ella aportados al RAIS más sus rendimientos, frutos e intereses que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de esta de **manera íntegra** a Colpensiones, declaración que trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original (CSJ SL 4911-2019).

PRESCRIPCIÓN

En cuanto a la excepción de prescripción que propusieron las demandadas, esta Sala ha manifestado reiteradamente que la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible porque se trata de un estado jurídico que no está sujeto a aquel fenómeno extintivo como tampoco las consecuencias económicas que esta declaración se derivan (CSJ SL1688-2019, reiterada en CSJ SL4360-2019).

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

COSTAS

En lo respecta al reparo formulado por Colpensiones encaminado a que se revoque la condena en costas de primera instancia en su contra, encuentra esta Sala que no le asiste razón, pues de conformidad con el numeral 1 del artículo 365 del Código General del Proceso aplicable en materia laboral por remisión del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, se debe condenar en costas a la parte vencida en el proceso, que en este caso fue justamente la AFP, máxime cuando ninguna de las excepciones que formuló en sede de primera instancia prosperaron. Por lo expuesto, se despachará desfavorablemente tal reparo

En lo que respecta a costas y agencias en derecho de segunda instancia, se condenara a Colpensiones al pago de las mismas, por no haber prosperado el recurso formulado por ella en contra de la sentencia de primera instancia.

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

RESUELVE:

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

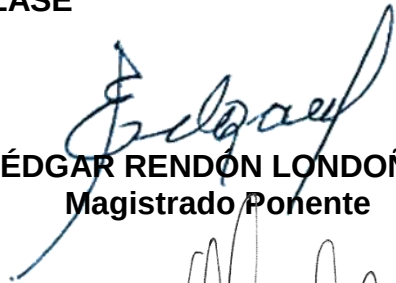
SEGUNDO: ADICIONAR Y MODIFICAR EL NUMERAL SEGUNDO de la sentencia apelada y consultada, proferida por el Treinta y Cinco Laboral del Circuito de

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

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

CUARTO: COSTAS en esta instancia a cargo de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

AUTO PONENTE:

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



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

República de Colombia

Libertad y Orden

Rama Judicial

Tribunal Superior del Distrito Judicial

Bogotá D. C.

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	110013105036201900649-01
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	NORMA CONSTANZA GONZÁLEZ LÓPEZ
DEMANDADO	- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES - ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.

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

SENTENCIA:

ANTECEDENTES

Pretende la señora **NORMA CONSTANZA GONZÁLEZ LÓPEZ** se **declare** la ineficacia y/o la nulidad del traslado del régimen de prima media con prestación definida (en adelante RPM) al de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS) realizado a través de la AFP Porvenir, por omisión al deber de información; en consecuencia, se ordene a esa AFP trasladar a Colpensiones los dineros recaudados por conceptos de aportes pensionales, sus rendimientos, y gastos de administración debidamente indexadas; que se **ordene** a Colpensiones tenerla como afiliada del RPM y actualizar su historia laboral; que se **condene** a las demandadas a lo que resulta probado ultra y extra petita, a las costas y agencias en derecho.

Como hechos fundamento de las pretensiones (archivo 01, carpeta 1ª inst. exp. digital), señaló en síntesis, que nació el 22 de mayo de 1962; que se afilió al ISS en noviembre de 1989; que el 7 de abril de 1994, suscribió formulario de vinculación con la AFP Porvenir sin recibir la información necesaria, cierta, transparente, clara y comparativa sobre las diferencias entre los dos regímenes pensionales, que tampoco le realizaron proyección acerca del monto de su prestación, ni los requisitos que debía

acreditar para causar la pensión, ni las modalidades pensionales del RAIS con todos sus pormenores, que tampoco le explicó que en el RAIS habían unas desventajas, ya que el asesor solo se limitó a hablarle de algunas ventajas, tales como, que tendría una mesada pensional superior a la que eventualmente le reconocería el ISS sin indicar como se construía la misma, y que podía pensionarse a la edad que deseara sin más información.

Narró que, la AFP Porvenir le realizó una simulación pensional en la que se le indicó que a los 57 años de edad tendría una mesada pensional de \$1.928.500 y en el RPM sería de \$5.124.100.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (archivo 06 carpeta 1ª inst. exp digital) oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento de la actora, y que esta estuvo afiliada al ISS; frente a los demás, indicó que no le constaban por corresponder a terceros. Propuso como excepciones de fondo, las de inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones en casos de ineficacia de traslado de régimen, inexistencia de causal de nulidad o ineficacia de traslado, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política), buena fe, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, aplicabilidad de la sentencia CSJ SL373-2021 y la innominada o genérica.

La **AFP PORVENIR** contestó (f.ª 79-102 archivo 01 carpeta 1ª inst. exp digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, únicamente aceptó que la actora se había afiliado a esa AFP mediante formulario suscrito el 07 de abril de 1994, el cual se hizo efectivo a partir del 01 de mayo de igual año; frente a los demás, indicó a unos que no le constaban por corresponder a un tercero y a otros que no eran ciertos. Aclaró que, a la promotora del litigio se le brindó una asesoría veraz y oportuna, en donde le informó ampliamente sobre las implicaciones de su decisión, el funcionamiento del RAIS y sus condiciones pensionales, tal como se observaba en la declaración que obraba en el formulario de afiliación, documento que además era público y se presumía auténtico.

Sostuvo que, tal y como se desprendía de la Circular 019 de 1998, emitida por la Superfinanciera la única exigencia para que el traslado de régimen fuera válido, era que el afiliado expresara su voluntad a través del diligenciamiento del formulario de

vinculación, tal y como ocurrió en este asunto. Agregó que cumplió con todas las obligaciones a su cargo, y que no tenía la obligación de entregar cálculos o proyecciones acerca de su futuro pensional, porque esta solo surgió a partir del Decreto 1748 de 2014.

Narró que, las características y condiciones propias del RAIS se encuentran descritas en la Ley 100 de 1993 la cual es de público y amplio conocimiento. Formuló como excepciones de fondo, las de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 26 de enero de 2023 (archivo 18-19 carpeta 1ª inst. exp. digital), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA del traslado efectuado por la señora NORMA CONSTANZA GONZÁLEZ LÓPEZ del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, con efectividad del día 1º de mayo de 1994, a través de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

SEGUNDO: ORDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., normalizar la afiliación de la actora en el Sistema de Información de los Afiliados a los Fondos de Pensión SIAFP y trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-, la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluidos los rendimientos y bonos pensionales, lo recaudado por concepto de gastos de administración y comisiones, los costos de las primas de los seguros previsionales y los aportes realizados al fondo de garantía de pensión mínima, sumas que deberán ser debidamente indexadas.

TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a recibir e imputar, una vez recibidos los aportes, a la historia laboral de la demandante.

CUARTO: DECLARAR no probada la excepción de prescripción.

[...]

El Juzgado de primera instancia, fijó como problema jurídico determinar si el traslado del RPM al RAIS era válido en razón al deber de información. **Basó su decisión fundamentalmente** en que se encontraba probado que la actora se trasladó del RPM al RAIS el 07 de abril de 1994, con efectividad a partir del 1º de mayo de igual año a través de la AFP Porvenir.

Precisó que, para la fecha en que la demandante suscribió el formulario de traslado al RAIS con la AFP Porvenir en el año 1994,, ya existía una obligación legal para los fondos de pensiones de suministrar al potencial afiliado información clara, precisa y congruente en torno al cambio de régimen pensional. Explicó que conforme el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 los afiliados debían elegir el régimen pensional de manera libre y voluntaria, y que a

partir de allí se había desarrollado el deber de información como se leía en el artículo 97 del Decreto 663 de 1993, el cual citó textualmente.

Expuso que, con el paso del tiempo se han expedido normas que han vuelto a ese deber de información más riguroso, pero que, en este puntual asunto, dada la fecha de traslado de régimen 1994, el mismo debía observarse en su primera etapa.

Manifestó que, sobre el punto de discusión existía una jurisprudencia clara y sólida por parte de la Corte Suprema de Justicia en la cual inicialmente se había analizado la viabilidad de declarar la nulidad del traslado cuando las AFP faltaran a ese deber de información, citó entre otras las sentencias CSJ SL, 9 sep. 2008 rad. 31989, CSJ SL, 22 nov. 2011, rad. 33083, CSJ SL12136-2014, y CSJ SL447-2017, extrayendo de la primera que las AFP tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad. Indicó que la jurisprudencia se rectificó para señalar que la omisión al deber de información lo que acarreaba era la ineficacia del traslado y no la nulidad (sentencia CSJ SL 1452-2019, CSJ SL4360-2019, CSJ SL 373-2020, CSJ SL 373-2021, CSJ SL1217-2021, CSJ SL 782-2021 y CSJ SL1055-2022).

Explicó que, la amplia línea jurisprudencial ha fijado unas reglas, las cuales son: i) no es necesario demostrar un perjuicio o menoscabo económico; ii) la sola firma del formulario de afiliación aprobado por la Superfinanciera no exime ni es indicativo de que el afiliado recibió la información suficiente, pues tal formalismo no excusa a las AFP de cumplir con sus deberes; iii) no es posible aplicar las reglas de la nulidad, es decir, exigir al afiliado que demuestre los vicios del consentimiento, porque la consecuencia jurídica de la afiliación sin el consentimiento informado es la ineficacia o exclusión de todos los efectos jurídicos del traslado; iv) las AFP tiene la carga de probar que suministraron información suficiente clara y veraz a sus afiliados al momento de la vinculación; v) pese a que el afiliado reciba asesoría la oportunidad para recibir la información es al momento del traslado de régimen pensional y no con posterioridad a él; y vi) la ineficacia no se entiende saneada por el paso del tiempo o por su ratificación por traslados horizontales.

Indicó que, para la data en que se hizo el traslado de régimen pensional, ya existía ese deber legal de suministrar a la promotora del litigio información necesaria para que existiera transparencia en la decisión, pues debía brindar al demandante los elementos de juicio claros y objetivos, no obstante, Porvenir no había aportado ningún elemento de juicio que llevara al convencimiento de que a la señora González se le hubiese suministrado información necesaria, pertinente y conducente para que éste tomara una decisión informada en un asunto neurálgico como lo era el cambio de régimen pensional, pues si bien había allegado el formulario de afiliación este no daban cuenta de la información

suministrada para ese momento, y del interrogatorio de parte rendido por la actora se evidenciaba que ni siquiera se le habían explicado las características del régimen al cual se estaba trasladando. Que de esa manera y acorde con los lineamientos jurisprudenciales declararían la ineficacia del traslado de régimen con efectividad a partir del 1° de mayo de 1994 con la AFP Porvenir.

Sostuvo que, en consecuencia, la AFP debía devolver a Colpensiones, además de lo consignado en la cuenta de ahorro individual, los rendimientos y bonos pensionales, más lo recaudado por concepto de gastos de administración y comisiones, incluidos las primas de seguros previsionales y los aportes realizados al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexada.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES interpuso recurso de apelación argumentando que el consentimiento de la actora al momento de su traslado al RAIS fue libre, voluntario y espontáneo, pues ella no se vio restringida al momento de firmar el formulario de vinculación a la AFP, por lo que no hubo un vicio en el consentimiento que afecta la decisión de la señora Norma González.

Hizo mención a la prohibición consagrada en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003; también refirió que conforme el artículo 1741 sin mencionar de que norma, correspondía a la nulidad de los actos jurídicos o de los contratos, *«tenemos entonces que, que ese origen debió ser la causa lícita como vicio del consentimiento, solo generaría nulidad relativa que da lugar entonces a la rescisión del acto o contrato, evento en el cual sí aplicarían los artículos 1502, 1508, 1604 de la normatividad en cita y resultando entonces perentorio también el texto del artículo 1750 del Código Civil que a renglón seguido entonces indicaría el plazo para poder solicitar la rescisión de un contrato que dice el término es de cuatro años»*. Concluyó que, si el traslado se realizó en 1994 a la fecha cualquier vicio en el consentimiento se sanea.

La **AFP PORVENIR S.A.** interpuso recurso de apelación únicamente contra el numeral segundo de la decisión de primera instancia, argumentando que la condena a la devolución de los gastos de administración, comisiones, incluidos los costos de las primas de los seguros previsionales y los aportes realizados al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexadas no era procedente, porque eran incompatibles con los rendimientos financieros del capital de la cuenta de la actora; que la indexación es la actualización de la moneda, por lo que teniendo en cuenta que las AFP tienen la obligación de generar una rentabilidad mínima, luego los recursos de la cuenta no se vieron afectados por la inflación, por el contrario ganaron rendimiento inclusive por encima de los mínimos establecidos.

CONSIDERACIONES

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

PROBLEMA JURÍDICO

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

En el presente asunto no es materia de discusión los siguientes supuestos fácticos:

i) que la señora NORMA CONSTANZA GONZÁLEZ LÓPEZ nació el 22 de mayo de 1962; *ii)* que se afilió al ISS donde cotizó desde el 17 de noviembre de 1989 hasta el 30 de abril de 1994, un total de 14,29 semanas según historia laboral emitida por Colpensiones actualizada a 21 de octubre de 2021 (f.º 23-26 carpeta 06 carpeta 1ª inst. exp. digital); y *iii)* se trasladó al RAIS a través de la AFP Porvenir mediante formulario firmado el **07 de abril de 1994**, con fecha de efectividad a partir del 1º de mayo de igual año y allí permanece en la actualidad (f.º 103-104 archivo 01, carpeta 1ª inst. exp. digital).

INEFICACIA DEL TRASLADO

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

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

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

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

Financiero y se dictan otras disposiciones», en la cual se recalca en su artículo 21, ese deber **preexistente** de información a cargo de las AFP, en el sentido que la información suministrada tenía como propósito no solo evaluar las mejores opciones del mercado sino también la de *«poder tomar decisiones informadas»*.

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

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

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

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

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

Así, para la fecha en la que la accionante se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad –**07 de abril de 1994**–, la obligación de la AFP se enmarcaba en el primer periodo, según el cual debía entregar información suficiente y transparente que le permitiera elegir *«libre y voluntariamente»* la opción que mejor se ajustara a sus

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

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

Ahora bien, aun cuando en el expediente obra el formulario de solicitud de afiliación de la AFP suscrito el 07 de abril de 1994, de él solo se advierte la fecha de su diligenciamiento, los datos personales y laborales del accionante, de modo que únicamente da cuenta de una exigencia requerida para el ingreso de un afiliado con la fórmula pre-impresa en la casilla destinada a la firma, sin que del mismo pueda concluirse que dicha AFP cumplió con el deber de suministrar al afiliado una ilustración suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna sobre las implicaciones de abandonar el esquema de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras.

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

Debe resaltar la Sala que, desde la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, se ha sostenido que, una vez acreditada la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual, el acto jurídico no se torna en eficaz por los cambios que los afiliados hagan entre administradoras privadas o **porque no hayan expresado inconformidad alguna con el sistema habiendo permanecido en el mismo**, lo que ha sido reiterado entre

otras en las providencias CSJ SL2877-2020, CSJ SL1942-2021, CSJ SL1949-2021 y CSJ SL1623-2022.

Tampoco puede admitirse que actualmente está inmersa en la prohibición legal de que trata el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 y que por ello no es dable declarar la ineficacia, porque esta se generó al momento del traslado inicial año 1994.

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

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

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

Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con

prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJ SL2877-2020 y CSJ SL4811-2020). (Subrayadas fuera del texto original).

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

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

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

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

En consecuencia, se confirmará la decisión del a quo frente a la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen realizado el 07 de abril de 1994, con fecha de efectividad a partir del 1° de mayo de igual año al RAIS a través de la AFP Porvenir, con todas las consecuencias jurídicas impuestas en primera instancia.

Lo anterior, no genera ningún detrimento ni un desequilibrio para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, dado que, la ineficacia del traslado de régimen de la demandante implica, como ya se dijo, la devolución de todos los dineros por ella aportados al RAIS más sus rendimientos, frutos e intereses que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de esta de **manera íntegra** a COLPENSIONES, declaración que trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original (CSJ SL 4911-2019).

PRESCRIPCIÓN

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

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

COSTAS

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

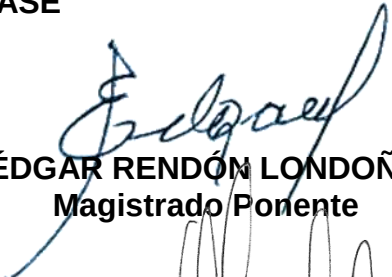
En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR en su totalidad la sentencia apelada y consultada proferida por el Juzgado 36 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



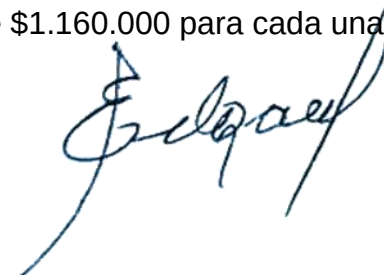
DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

AUTO DEL PONENTE:

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



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

República de Colombia

Libertad y Orden

Rama Judicial

Tribunal Superior del Distrito Judicial

Bogotá D. C.

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	110013105036202000147-01
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	DORIS GARZÓN RAMOS
DEMANDADO	- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES - ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. - ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A.

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

SENTENCIA:

ANTECEDENTES

Pretende la señora **DORIS GARZÓN RAMOS** se **declare** la nulidad y/o la ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida (en adelante RPM) al de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS) realizado a través de la AFP Porvenir y posteriormente a otras AFP, por omisión al deber de información. En consecuencia, se ordene a la AFP Protección trasladar a Colpensiones la totalidad de los dineros que hubiere recibido, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, y los rendimientos; que se **ordene** a Colpensiones tenerla como afiliada del RPM y actualizar su historia laboral; que se **condene** a las demandadas a lo que resulte probado ultra y extra petita, a las costas y agencias en derecho.

Como hechos fundamento de las pretensiones (archivo 01, carpeta 1ª inst. exp. digital), señaló en síntesis, que se afilió al ISS desde el 05 de diciembre de 1977, hasta abril de 2001, donde aportó 630,14 semanas; que para el mes de marzo de 2001, cuando estaba laborando para Fraco S.A., los asesores de Provenir le presentaron el nuevo

régimen pensional, que el asesor le dijo que el ISS lo iban a liquidar y perdería las cotizaciones ya realizadas, adicionalmente le ofreció como beneficio adicional de trasladarse a esa AFP, prestamos con el Banco de Bogotá, que no le realizó un proyección o comparación entre el ISS y el fondo Privado, que por todo lo anterior autorizó el traslado al RAIS.

Narró que, los asesores de la AFP IGN hoy Protección la mantuvieron en ese error al momento de realizar su traslado a esa entidad; que a agosto de 2019, contaban con 1.399,14 semanas cotizadas al sistema general de pensiones; que en octubre de 2019, radicó ante Colpensiones, Protección y Porvenir peticiones de anulación de su traslado del RPM al RAIS, pero que este fue negado por esas entidades; y que la AFP Protección se realizó una simulación pensional donde se informó que a sus 57 años de edad, tendría derecho a una mesada pensional de \$1.105.583, mientras que en el RPM sería de \$4.973.166.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (archivo 08 carpeta 1ª inst. exp digital) oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que la actora estuvo afiliada al ISS entre 1977 y 2001, acumulando 848,14 semanas, y que agotó la reclamación administrativa; frente a los demás indicó que no le constaban por corresponder a terceros. Propuso como excepciones de fondo, las de inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política), buena fe, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, e innominada o genérica.

La **AFP PORVENIR** contestó (archivo 05 carpeta 1ª inst. exp digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos únicamente aceptó que la actora se había afiliado a esa AFP mediante formulario suscrito el 28 de marzo de 2001, el cual se hizo efectivo a partir del 01 de mayo de igual año y que en el año 2009, se trasladó de manera horizontal a la AFP ING hoy Protección; frente a los demás, indicó a unos que no le constaban por corresponder a un tercero y a otros que no eran ciertos. Aclaró que, a la promotora del litigio se le brindó una asesoría veraz y oportuna, en donde le informó ampliamente sobre las implicaciones de su decisión, el funcionamiento del RAIS y sus condiciones pensionales, tal como se observaba en la

declaración que obraba en el formulario de afiliación, documento que además era público y se presumía autentico.

Narró que, el sistema pensional es público y obligatorio, por lo que las condiciones de afiliación, traslado, cotización y reconocimiento de prestaciones tanto en el régimen de prima media con prestación definida como en el régimen de ahorro individual con solidaridad se encuentran definidas y establecidas en su totalidad por la ley, sin que le esté dado a las partes pactar condiciones diferentes.

Formuló como excepciones de fondo, las de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica.

La **AFP PROTECCIÓN** contestó (Carpeta 04 carpeta 1ª inst. exp digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que la actora se trasladó a esa AFP en marzo de 2009, las semanas cotizadas a agosto de 2019; que radicó petición de anulación de traslado, la cual fue negada porque la misma se presumía autentica, y que realizó simulación pensional; frente a los demás, indicó a unos que no le constaban por corresponder a un tercero y a otros que no eran ciertos. Aclaró que, brindó a la demandante una asesoría integral y completa respecto a todas las implicaciones de su decisión, sin omitir información e indicando claramente todas las características, regulaciones del Régimen de Ahorro Individual y su funcionamiento, así mismo los rasgos diferenciadores respecto al Régimen de Prima Media señalando con que la forma de construir la pensión en uno y otro son distintas y excluyentes, sin que pudiese hablarse de situación más ventajosa o desventajosa en uno y otro porque simplemente son regímenes diferentes y excluyentes, correspondiendo al afiliado realizar su propio juicio de favorabilidad de acuerdo a sus condiciones particulares, y fue ella quien libremente decidió afiliarse a esta AFP.

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

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 21 de noviembre de 2022 (archivo 19 carpeta 1ª inst. exp. digital), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA del traslado efectuado por DORIS GARZÓN RAMOS del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, con efectividad del día 1º de mayo de 2001, a través de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

SEGUNDO: ORDENAR a ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., normalizar la afiliación de la actora en el Sistema de Información de los Afiliados a los Fondos de Pensión SIAFP y trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-, la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluidos los rendimientos y bonos pensionales, lo recaudado por concepto de gastos de administración y comisiones, los costos de las primas de los seguros previsionales y los aportes realizados al fondo de garantía de pensión mínima, sumas que deberán ser debidamente indexadas.

TERCERO: ORDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-, la totalidad de los valores que hayan sido descontados de la cuenta de ahorro individual de la accionante durante la vigencia de la afiliación de este con dicha AFP, por gastos de administración, comisiones, incluidos los costos de las primas de los seguros previsionales y los aportes realizados al fondo de garantía de pensión mínima, sumas que deberán ser debidamente indexadas

CUARTO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a recibir e imputar, una vez recibidos los aportes a la historia laboral de la demandante.

QUINTO: DECLARAR no probada la excepción de prescripción.

[...]

El Juzgado de primera instancia, fijó como problema jurídico determinar si el traslado del RPM al RAIS era válido en razón al deber de información. **Basó su decisión fundamentalmente** en que se encontraba probado que la actora se trasladó del RPM al RAIS el 28 de marzo de 2001, con efectividad a partir del 1º de mayo de igual año a través de la AFP Porvenir; que realizó traslado horizontal a la AFP ING hoy Protección mediante formulario suscrito el 30 de marzo de 2009, con efectividad a partir del 1º de mayo de igual año.

Precisó que, para la fecha en que la demandante suscribió el formulario de traslado al RAIS con la AFP Porvenir en el año 2001, ya existía una obligación legal para los fondos de pensiones de suministrar al potencial afiliado información clara, precisa y congruente en torno al cambio de régimen pensional. Explicó que conforme el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados debían elegir el régimen pensional de manera libre y voluntaria: que a partir de allí se había desarrollado el deber de información como se leía en el artículo 97 del Decreto 663 de 1993, el cual citó textualmente.

Expuso que, con el paso del tiempo se han expedido normas que han vuelto a ese deber de información más riguroso, pero que, en este puntual asunto, dada la fecha de traslado de régimen 2001, el mismo debía observarse en su primera etapa.

Expuso que, sobre el punto de discusión existía una jurisprudencia clara y sólida por parte de la Corte Suprema de Justicia en la cual inicialmente se había analizado la viabilidad de declarar la nulidad del traslado cuando las AFP faltaran a ese deber de información, citó entre otras las sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008 rad. 31989, CSJ SL, 22 nov. 2011, rad. 33083, CSJ SL12136-2014, y CSJ SL447-2017, extrayendo de la primera que las AFP tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad. Indicó que la jurisprudencia se rectificó para señalar que la omisión al deber de información lo que acarrearía era la ineficacia del traslado y no la nulidad (sentencia CSJ SL 1452-2019, CSJ SL4360-2019, CSJ SL 373-2020, CSJ SL 373-2021, CSJ SL1217-2021, CSJ SL 782-2021 y CSJ SL1055-2022).

Explicó que, la amplia línea jurisprudencial ha fijado unas reglas, las cuales son: i) no es necesario demostrar un perjuicio o menoscabo económico; ii) la sola firma del formulario de afiliación aprobado por la Superfinanciera no exime ni es indicativo de que el afiliado recibió la información suficiente, pues tal formalismo no excusa a las AFP de cumplir con sus deberes; iii) no es posible aplicar las reglas de la nulidad, es decir, exigir al afiliado que demuestre los vicios del consentimiento, porque la consecuencia jurídica de la afiliación sin el consentimiento informado es la ineficacia o exclusión de todos los efectos jurídicos del traslado; iv) las AFP tiene la carga de probar que suministraron información suficiente clara y veraz a sus afiliados al momento de la vinculación; v) pese a que el afiliado reciba re asesoría la oportunidad para recibir la información es al momento del traslado de régimen pensional y no con posterioridad a él; y vi) la ineficacia no se entiende saneada por el paso del tiempo o por su ratificación por traslados horizontales.

Indicó que, para la data en que se hizo el traslado de régimen pensional, ya existía ese deber legal de suministrar a la promotora del litigio información necesaria para que existiera transparencia en la decisión, pues debía brindar al demandante los elementos de juicio claros y objetivos, no obstante, ni Porvenir ni Protección habían aportado ningún elemento de juicio que llevara al convencimiento de que a la señora Garzón se le hubiese suministrado información necesaria, pertinente y conducente para que éste tomara una decisión informada en un asunto neurálgico como lo era el cambio de régimen pensional, pues si bien habían allegado los formularios de afiliación estos no daban cuenta de la información suministrada para ese momento, y del interrogatorio de parte rendido por la actora se evidenciaba que ni siquiera se le habían explicado las características del régimen al cual se estaba trasladando. Que de esa manera y acorde con los lineamientos

jurisprudenciales declarararía la ineficacia del traslado de régimen con efectividad a partir del 1° de mayo de 2001 con la AFP Porvenir, lo que generaba la ineficacia de los demás traslados realizados entre administradoras del RAIS.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES interpuso recurso de apelación argumentando que si bien desde la Ley 100 de 1993 se hablaba de un deber de información, lo cierto era que este había venido cambiando con el paso del tiempo, por lo que para el año 2001, cuando la actora se trasladó del RPM al RAIS era imposible conocer cuales iban a ser sus cotizaciones a futuro y sus condiciones laborales y personales respecto de sus beneficiarios; que la firma del formulario de vinculación a Porvenir en el año 2001, y luego en el año 2009, a ING eran válidas, porque fue libre y sin presiones; que cada caso debe analizarse de manera particular y que en ese asunto la promotora del litigio no tenía una expectativa legítima de pensionarse en el RPM.

Expuso que, aun en el caso de que para el año 2001, la demandante no hubiese recibido la información necesaria sobre las características, ventajas y desventajas de los regímenes pensionales, ello se vio saneado con el tiempo porque estuvo afiliada al RAIS varios años antes de estar inmersa en la prohibición de que trata el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, luego si había tenido tiempo de sobra para preocuparse por su futuro pensional o para enterarse que Colpensiones había pasado a ser la administradora del RPM, pero por el contrario ella no se acercó a ninguna administradora de pensiones a preguntar sobre los temas de su interés, lo que ratificaba su voluntad de permanecer en el RAIS.

Consideró que, en estos procesos de ineficacia se exige a las AFP cumplir con los lineamientos del Estatuto del Consumidor Financiero, lo cual también debía exigírsele a los afiliados quienes tienen la obligación de informarse, leer y revisar las condiciones del negocio que estaba celebrando, circunstancias que la actora no cumplió.

Advirtió que, aun cuando la AFP regrese al RPM todos los aportes de la actora, el principio de la sostenibilidad financiera se vería afectado una vez Colpensiones tenga que reconocerle la pensión de vejez, luego era viable aplicar la prohibición legal consagrada en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, en aras de garantizar este principio.

Finalmente, recurrió la condena en costas por considerar que ella no fue vencida en juicio, en tanto la pretensión de ineficacia del traslado de régimen estaba dirigida solo a la AFP, y ella fue vinculada únicamente como la entidad que debe recibir a la actora.

La **AFP PORVENIR S.A.** interpuso recurso de apelación únicamente contra el numeral tercero de la decisión de primera instancia, argumentando que la condena a la devolución de los gastos de administración, comisiones, incluidos los costos de las primas de los seguros previsionales y los aportes realizados al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexadas no eran procedentes, porque eran incompatibles con los rendimientos financieros del capital de la cuenta de la actora; que la indexación es la actualización de la moneda, por lo que teniendo en cuenta que las AFP tienen la obligación de generar una rentabilidad mínima, luego los recursos de la cuenta no se vieron afectados por la inflación, por el contrario ganaron rendimientos inclusive por encima de los mínimos establecidos. Y citó dos sentencias de otros Tribunales del país.

CONSIDERACIONES

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

PROBLEMA JURÍDICO

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

En el presente asunto no es materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: **i)** que la señora DORIS GARZÓN RAMOS nació el 09 de marzo de 1959; **ii)** que se afilió al ISS donde cotizó desde el 05 de diciembre de 1977, hasta el 31 de marzo de 2001, un total de 848,14 semanas según historia laboral emitida por Colpensiones actualizada a 03 de marzo de 2021 (f.º 21-27 archivo 08 carpeta 1ª inst. exp. digital); **iii)** que se trasladó al RAIS a través de la AFP Porvenir mediante formulario firmado el **28 de marzo de 2001**, con fecha de efectividad a partir del 1º de mayo de igual año (f.º 58-61 archivo 05, carpeta 1ª inst. exp. digital); y **iv)** que el 30 de marzo de 2009, firmó formulario de vinculación con la AFP ING hoy Protección la que se hizo efectiva a partir del 1º de mayo de igual año, y allí permanece en la actualidad (f.º 33-42 archivo 04, carpeta 1ª inst. exp. digital).

INEFICACIA DEL TRASLADO

Ha sostenido la alta Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral que,

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Así, para la fecha en la que el accionante se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad –**28 de marzo de 2001**-, la obligación de la AFP se enmarcaba en el primer periodo, según el cual debía entregar información suficiente y transparente que le permitiera elegir «*libre y voluntariamente*» la opción que mejor se ajustara a sus intereses (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019), conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 -posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003-, lo cual implicaba la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

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

Ahora bien, aun cuando en el expediente obra el formulario de solicitud de afiliación de la AFP suscrito el **28 de marzo de 2001**, de él solo se advierte la fecha de su diligenciamiento, los datos personales y laborales del accionante, de modo que únicamente da cuenta de una exigencia requerida para el ingreso de un afiliado con la fórmula pre-impresa en la casilla destinada a la firma, sin que del mismo pueda concluirse que dicha AFP cumplió con el deber de suministrar al afiliado una ilustración suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna sobre las implicaciones de abandonar el esquema de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras.

Además, se pone de presente que la Corte Suprema de Justicia también ha señalado que no basta con la suscripción del formulario de afiliación, para darle plena validez al traslado, porque la «*[...] firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación*

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

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

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

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

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

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

hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad. (Negrillas fuera del texto original).

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

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

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

Tampoco puede admitirse que actualmente está inmerso en la prohibición legal de que trata el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 y que por ello no es dable declarar la ineficacia, porque esta se generó al momento del traslado inicial año 1994; y el hecho que se hubiese trasladado entre fondos privados no convalida el cambio de régimen, primero, porque la ineficacia es insubsanable (sentencia CSJ SL1688-2019), y segundo, porque el hecho de realizar «*sucesivas afiliaciones en el RAIS, después de haber abandonado el RPM, no tiene como consecuencia que de ello*» convalide el incumplimiento del deber de información (sentencia CSJ SL3349-2021).

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

En lo que respecta a los **gastos de administración, las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia** y demás emolumentos ordenados devolver por parte de los fondos de pensiones privados, cabe reseñar que la figura jurídica de la ineficacia del traslado, supone que el mismo nunca ocurrió; es decir, debe entenderse que no existió el cambio al sistema privado de pensiones, lo que conduce a retrotraer las

cosas al estado en que se encontraban, como si el acto jurídico no hubiese existido, como efectos *ex tunc* (desde siempre). Bajo ese horizonte, resulta totalmente válido, que se disponga que las AFP privadas, trasladen a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, gastos de administración, primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, entre otros, con cargo a sus propias utilidades, tal y como lo ha admitido la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, pudiéndose traer a colación la sentencia CSJ SL1467-2021, en la que adocrinó:

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

Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adocrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJ SL2877-2020 y CSJ SL4811-2020). (Subrayadas fuera del texto original).

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

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

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

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

En consecuencia, se confirmará la decisión del *a quo* frente a la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen realizado el 28 de marzo de 2001 con fecha de efectividad 1° de mayo de igual año al RAIS a través de la AFP Porvenir, con todas las consecuencias jurídicas impuestas en primera instancia.

Lo anterior, no genera ningún detrimento ni un desequilibrio para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, dado que, la ineficacia del traslado de régimen de la demandante implica, como ya se dijo, la devolución de todos los dineros por ella aportados al RAIS más sus rendimientos, frutos e intereses que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de esta de **manera íntegra** a COLPENSIONES, declaración que trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original (CSJ SL 4911-2019).

PRESCRIPCIÓN

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

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

COSTAS EN PRIMERA INSTANCIA

En cuanto a la condena en costas a Colpensiones en primera instancia, cabe mencionar que la misma es procedente, toda vez que el numeral 1° del artículo 365 del CGP establece de manera clara que debe ser condenado en costas la parte vencida en el proceso, luego al resultar dicha entidad vencida en juicio, además de haber presentado oposición a las pretensiones de la demanda, es natural que sea condenada en costas.

COSTAS

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

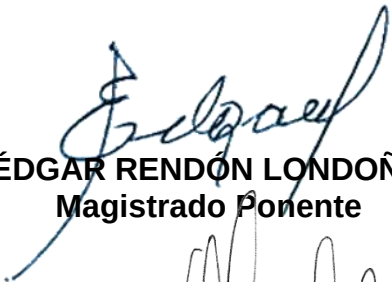
En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR en su totalidad la sentencia apelada y consultada proferida por el Juzgado 36 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

AUTO DEL PONENTE:

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



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

República de Colombia



Libertad y Orden

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

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	110013105037202000048-01
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	LUIS ANTONIO CASTRO SOLANO
DEMANDADO	- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES - ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

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

SENTENCIA:

ANTECEDENTES

Pretende el señor **Luis Antonio Castro Solano** se **declare** la ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida (en adelante RPM) al de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS) realizado a través de la AFP Protección, por omisión al deber de información; en consecuencia, se le condene a esta a trasladar a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido en su cuenta de ahorro individual, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con todos los rendimientos y demás valores causados con motivo de su afiliación sin descuentos por el pago de mesadas pensionales que se hayan efectuado, e igualmente se reintegre los gastos de administración debidamente indexados; que se **ordene** a Colpensiones tenerlo como afiliado del RPM y actualizar su historia laboral; que se **condene** a las demandadas a lo que resulte probado ultra y extra petita, a las costas y agencias en derecho.

Como hechos fundamento de las pretensiones (f.º 5-7 exp físico), señaló en síntesis, que nació el 20 de junio de 1961; que se afilió al RPM y aportó desde el 26 de

diciembre de 1978, hasta el 31 de agosto de 2002; que en el mes de agosto de 2002, se trasladó al RAIS a través de la AFP Protección donde permanece hasta la fecha; que previo a la afiliación los asesores de esa AFP le indicaron que podría pensionarse a la edad que quisiera y con un monto más alto que en el ISS, que esta entidad se liquidaría, por lo que todos debían elegir un fondo privado o perderían sus semanas cotizadas, pero no le manifestaron: i) las características, los riesgos y desventajas del RAIS; ii) las condiciones para obtener la pensión en ese régimen, ni las modalidades pensionales que ofrecían con sus detalles; iii) que su mesada dependería del capital acumulado, de su expectativa de vida y de la de sus beneficiarios, de la rentabilidad del fondo, y de la edad a cual eligiera pensionarse; iv) que podía realizar aportes voluntarios; y v) que le descontarían gastos de administración y otros conceptos, además que no le realizaron proyecciones pensionales en ambos regímenes ni un comparativo de estos para poder entender las diferencias.

Narró que, el 11 de diciembre de 2019, solicitó ante Colpensiones y la AFP Protección la nulidad de su afiliación al RAIS y se trasladó al RPM, pero la primera entidad negó lo petitionado y la segunda no le dio respuesta.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (f.º 66-74 exp. Físico), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento del actor, que se afilió al ISS y que agotó la reclamación administrativa; frente a los demás, indicó que no le constaban por corresponder a un tercero. Propuso como excepciones de fondo, el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe y la innominada o genérica.

La **AFP PROTECCIÓN S.A.**, contestó (f.º 90-105 exp. físico), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento del actor, que se vinculó a esa AFP el 26 de julio de 2002, donde permanece hasta la fecha, y la petición ante esa entidad radicada; frente a los demás, indicó que no le constaban por corresponder a un tercero o que no eran ciertos. Aclaró que, previo a la afiliación del promotor del litigio se le asesoró sobre la posibilidad de pensionarse de manera anticipada siempre que contara con el capital suficiente para ello, que se le explicó que en la liquidación de la pensión se tendrían en cuenta aspectos tales como, el capital ahorrado -aportes obligatorios, voluntarios y rendimientos financieros-, la existencia de un bono pensional y el valor del mismo, la edad de retiro, composición del grupo familiar, los beneficiarios, la expectativa de vida según la tabla de mortalidad de rentistas, el factor actuarial combinación expectativa de vida y factor financiero, la regulación de la

Superfinanciera y el Ministerio de Hacienda y Crédito público para liquidar la mesada pensional; las características del RAIS vs las del RPM, como lo era, cuenta de ahorro individual vs fondo común, capital acumulado vs requisitos de edad y semanas de cotización, garantía de pensión mínima en el RAIS, devolución de saldos vs indemnización sustitutiva, y la distribución de sus cotizaciones en el RAIS, que con base en ese conocimiento firmó libre y voluntariamente el traslado a esa AFP.

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

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 03 de septiembre de 2021 (f.º 125-126 exp. físico), resolvió:

PRIMERO: ABSOLVER a las demandadas ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, y ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., de todas las pretensiones invocadas por el señor Luis Antonio castro solano, conforme la parte motiva de la decisión.

SEGUNDO: COSTAS a cargo de la parte demandante (...).

El Juzgado, **basó su decisión fundamentalmente** en que se acogía a la jurisprudencia emitida por la Corte Suprema de Justicia desde la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, en donde se fijaron unos parámetros para resolver los casos de ineficacia, considerando que estos se condensan en las sentencias CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019.

El primer parámetro, era que las AFP desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional, lo que se concluye de la interpretación del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, pues solo podía entenderse que una decisión era libre y voluntaria cuando estaba precedida de una información suficiente para tomar esa decisión, la cual debe contener por lo menos una ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los

regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales.

El segundo, que de la firma del formulario de afiliación por parte del afiliado podía colegirse una voluntad, pero ello no podía darle el efecto de que este fue debidamente informado, pues del cumplimiento de este deber, deriva la eficacia o no del traslado. Agregó que en ese sentido ese documento no resultaba suficiente para dar por cumplido ese deber, por lo que las AFP debían acreditar con otros medios de prueba su cumplimiento.

El tercero, referente a que eran las AFP quienes tenían la carga de la prueba de demostrar que atendieron su objeto social con el debido cuidado y diligencia. Y Cuarto, que la línea jurisprudencial de ineficacia aplica para todos los afiliados sin discriminación alguna, por su condición especial o porque tenga alguna expectativa pensional.

Expuso que, en este caso estaba acreditado el traslado al RAIS a través del formulario de afiliación suscrito con Protección el 01 de septiembre de 2002, data para la que el actor contaba con 611.29 semanas aportadas al RPM, refirió que el mencionado formulario cumplía con todos los requisitos formales exigidos en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994; no obstante, de él no se podía colegir que el afiliado hubiese sido debidamente informado para tomar la decisión del traslado de régimen.

Indicó que, de la declaración de parte del actor, se colegía que para el momento de su afiliación en el año 2002 los asesores de Protección se presentaron en la empresa en la que él trabajaba, que la información dada fue rápida pues se limitaron a señalar que era mejor estar en un fondo privado porque Colpensiones corría el mismo riesgo que el ISS, razón por la que accedió a trasladarse de régimen, que no recordaba con exactitud que información le dieron, pero que a través de la gente conoce casos de personas que se devolvieron por el mismo asunto, porque inicialmente les decían que corría riesgo con el ISS; respecto de los tiempos cotizados manifestó que no sabía que pasaba con los mismos pero que asumió que estos se trasladarían, que desconocía cuales eran los requisitos para pensionarse y presume que debe cumplir una edad y unas semanas; que había referido no recordar que le había dicho que para ese momento en el ISS la mesada seria de \$340.000 y en Protección de \$395.000 y que contaba con un bono de \$18.120.900, y que entre tanto papeleo se dedicó a firmar lo que le indicaron, pero que no le dieron una asesoría completa.

Expuso que, en el expediente también obraba formulario de reasesoría de fecha 03 de agosto de 2012, data para la cual contaba con 51 años de edad, y allí manifestó su voluntad y conveniencia de permanecer en el RAIS conforme el cálculo suministrado.

Concluyó que, en este caso en particular la AFP Protección cumplió con su deber de asesoría y buen consejo, pues al momento del traslado de régimen esa AFP si le puso de presente una proyección pensional con el respectivo comparativo entre los dos regímenes evidenciando que en el RAIS sería superior a la del RPM, información que no podía tomarse como engañosa porque la variación de la misma obedece a circunstancias que solo con el pasar del tiempo podían verse modificadas.

Que en ese asunto había certeza de que al promotor del litigio se le dio una asesoría adecuada, pues no podía equipararse el hecho de no recordar con el hecho de no habersele informado, y estaba acreditado no solo con el formulario de afiliación, sino con documentos que soportaron esa vinculación, además de haber recibido una reasesoría en correctas condiciones, máxime que allí dejó plasmada su voluntad de permanecer en el RAIS, documento que reforzaba las conclusiones expuestas.

Por consiguiente, dio por acreditado el deber de información, en los términos exigidos por la ley y la jurisprudencia, por lo que absolvería de las pretensiones de la demanda.

RECURSO DE APELACIÓN

El **demandante** interpuso recurso de apelación argumentando que la valoración probatoria que se realizó del formulario de afiliación y de la reasesoría no tuvo en cuenta que dichos elementos no le permitieron tomar una decisión informada al momento del traslado al RAIS, pues la firma de esos formatos no implicaba por sí solo el entendimiento de la información dada.

Expuso que a este no se le explicó nada sobre los beneficios y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales; y que la reasesoría realizada en el año 2012, correspondía únicamente a una averiguación respecto de sus semanas, y pese a que ese documento tiene ese nombre, dicha asesoría no fue dada.

CONSIDERACIONES

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

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual que hizo el demandante a través de la AFP Protección S.A., es ineficaz por falta de

información, y si como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a COLPENSIONES los aportes realizados por la actora en el RAIS.

En el presente asunto no es materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: *i)* que el señor LUIS ANTONIO CASTRO SOLANO nació el 20 de junio de 1961; *ii)* que se afilió al ISS donde aportó desde el 26 de diciembre de 1978, al 31 de julio de 2002, un total de 611,29 semanas (f.º 25-30 exp físico); y *iii)* que el **31 de julio de 2002**, suscribió formulario de afiliación con la AFP Protección el cual se hizo efectivo a partir del 1º de septiembre de igual año (f.º 40v, y 103 exp físico), y allí permanece hasta la actualidad.

INEFICACIA DEL TRASLADO

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

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

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

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

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

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

Esta Corte desde hace varios años, ha puntualizado, que la información que se ha de proporcionar al afiliado (a), debe efectuarse bajo la óptica de que quien la brinda sabe de su importancia y valor, a fin de orientar a este en aquellos aspectos que pueden acarrear

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

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

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

Así, para la fecha en que el accionante se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad –**31 de julio de 2002**-, la obligación de la AFP se enmarcaba en el primer periodo, según el cual debía entregar información suficiente y transparente que le permitiera elegir «*libre y voluntariamente*» la opción que mejor se ajustara a sus intereses (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019), conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 -posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003-, **lo cual implicaba la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.**

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

Ahora bien, en el expediente obran los siguientes documentales, las cuales según el *A quo* acreditan el cumplimiento del deber de información por parte de la AFP Protección:

1. Formulario de solicitud de afiliación de la AFP suscrito el 31 de julio de 2002, de él solo se advierte la fecha de su diligenciamiento, los datos personales y laborales del accionante, y una leyenda preimpresa de voluntad de selección y afiliación.
2. Un documento elaborado por Protección con título «ASESORÍA PENSIONAL PROTECCIÓN PROYECCIÓN DE LA PENSIÓN EN EL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL», fecha del cálculo 23/07/2022, donde aparecen los datos básicos del actor, los datos del cálculo, esto es, años cotizados a la fecha del traslado salario a junio de 1992, y el salario actual, y los resultados del cálculo, según los cuales, al demandante le correspondía un bono actualizado y capitalizado a hoy \$18.120.900, que a la fecha de pensión sería de \$33.619.623, que la edad de pensión era 62, y el valor de la pensión sería de \$395.538, tomando un IBL de \$400.000 y una tasa de reemplazo del 99%. Y
3. La siguiente proforma:

GRACIAS POR ELEGIRNOS COMO LA ADMINISTRADORA DE SU FUTURO.

Para que nuestra relación sea sólida y duradera, le agradecemos nos suministre la siguiente información, la cual será de gran utilidad al momento de iniciar el proceso de solicitud de Pensión:

✓ ¿Fue usted informado y asesorado por el Ejecutivo Comercial de Protección S.A.? Si X No

✓ ¿Tiene Usted claridad sobre cual es su situación actual? Si X No

✓ ¿Podría señalemos en cual de los siguientes situaciones se encuentra usted?

a. Afiliado excluido. En abril de 1994 usted tenía mínimo 50 años si es mujer o 55 si es hombre.
b. Régimen de transición. En abril de 1994 usted tenía mínimo 35 años si es mujer o 40 si es hombre
c. Sector público
d. Compartir pensión
e. Garantía de Pensión Mínima
f. Devolución de Sellos
✓ Vinculación a la vida laboral. Antes del 06/30/92 Si Después de 06/30/92

✓ Manifiesta deseo de estar vinculado al Fondo de Pensiones Obligatorias de Protección S.A. de acuerdo a los datos básicos que a continuación nos suministrará: Si X No

Nombre: Luis Antonio Sarmiento Salazar Sexo: M Estado Civil: S F. de Nacimiento (DAMIA): 20-06-1961
Edad del cónyuge: N/D Derecho o bono: 5 Años cotizados en el Régimen anterior: 13
Salario a 30/06/92 o anterior \$ 95,000 Integral: Si No X Salario Actual \$ 400,000
Integral: Si No X Valor del Bono \$ 18,120.90 (según cálculo)
Edad estimada para cálculo de Pensión: 62 Tasa de descuento para negociación del bono:
Valor pensión en el Régimen anterior \$ 340,000 Valor pensión en Protección S.A. \$ 395,000
Salarios a partir del 92: / / / / / /
Garantía de Pensión Mínima: Protección ISS:
Recalcu AFP: Valor del Bono Valor Cuenta Individual Fecha traslado AFP

NOTAS SOBRE ALGUNOS SUPUESTOS BÁSICOS PARA LAS PROYECCIONES PENSIONALES:

- Crecimiento salarial igual a la inflación.
- Densidad de cotización del 100% a partir de la fecha de retiro.
- La tasa de descuento para el bono pensional aplicable a los cálculos de pensión anticipada es igual a la vigente en el mercado de valores.

Las proyecciones pensionales son realizadas con base en la información suministrada por usted, bajo los parámetros de cálculo conservadores y con algunos supuestos básicos como los enunciados anteriormente; no obstante lo anterior, estas se encuentran sujetas a las variaciones de la Ley y a los cambios en las condiciones del mercado financiero, por lo tanto, dichas proyecciones podrán tener variaciones en el futuro.

P. Acosta
Firma y C.C. del afiliado
944575 Bm

G. Salazar
Firma del Director Comercial

944575 Bm
Firma y C.C. del Ejecutivo Comercial

Recordemos entonces, que para dar por acreditado el deber de información suficiente y transparente, era necesario que la AFP Protección demostrara que había explicado al actor, las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, de manera que él pudiera elegir libre, voluntaria e informadamente la opción que mejor se ajustara a sus intereses.

De las pruebas referidas, realmente no se observa que al actor se le hubiese ilustrado en esos términos, pues el formulario de afiliación de la AFP suscrito el 31 de julio de 2002, no da fe de que le hubiese entregado información alguna, porque como se indicó allí solo obra información básica del actor y sus datos laborales; del documento denominado «ASESORÍA PENSIONAL PROTECCIÓN PROYECCIÓN DE LA PENSIÓN EN EL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL» elaborado por la AFP Protección el 23/07/2022, lo único que podría extraerse es que al demandante se le informó que tendría derecho a un bono pensional que representaban las cotizaciones realizadas al RPM, y que presuntamente tendría derecho a una tasa de reemplazo del 99% sobre un IBL que se representó con el salario actual del señor Castro Solano, sin explicar cómo se llegó a esa conclusión, pues allí por ninguna parte se le explicó que debía acumular un capital mínimo para poder pensionarse con sus propios recursos, pues de lo contrario podría optar por una pensión de garantía mínima o por la devolución de saldos, según fuere su escenario; luego, no se entiende como se calculó la mesada pensional prometida. Por otro lado, del último documento, el cual es igualmente un cuestionario predeterminado para llenar espacios en blanco, tampoco da cuenta de la información a él entregada, pues si bien él marco con una “X” que si había sido informado, asesorado y que conocía su situación actual, brilla por su ausencia prueba de la información que efectivamente le dada o entregada a él.

Acorde con lo anterior, de las probanzas bajo análisis no se evidencia que se le hubiese explicado de forma clara, suficiente, transparente, cierta y detallada los dos regímenes pensionales de manera previa a la elección de trasladarse al RAIS, pues era obligación de la AFP dar a conocer toda la verdad objetiva y las características o pormenores de los dos regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro, circunstancias que en este puntual caso no se probaron, pues lo que se observa es que el actor con los pocos elementos que le dieron, básicamente con la promesa de una tasa de reemplazo del 99% sobre el último salario percibido, tomó una decisión, la cual no estuvo informada.

Además, se pone de presente que la Corte Suprema de Justicia también ha señalado que no basta con la suscripción del formulario de afiliación, para darle plena validez al traslado, porque la «[...] firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación

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

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

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

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

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

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

hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad. (Negrillas fuera del texto original).

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

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

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

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

En esta perspectiva, la declaratoria de ineficacia hace que las cosas vuelvan al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto de afiliación; o dicho, en otros términos, el propósito es retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiera existido jamás, es decir con ineficacia *ex tunc* (desde siempre). Bajo ese horizonte, resulta totalmente válido, que se disponga que las AFP privadas, trasladen a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, gastos de administración, primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, entre otros, con cargo a sus propias utilidades, tal y como lo ha admitido la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, pudiéndose traer a colación la sentencia CSJ SL1467-2021, en la que adoctrino:

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

Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con

los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJ SL2877-2020 y CSJ SL4811-2020). (Subrayadas fuera del texto original).

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

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

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

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

Bajo el anterior contexto, se hace necesario **REVOCAR** la decisión de primera instancia para en su lugar, acceder a las pretensiones de la demanda en el sentido de declarar la ineficacia del traslado realizado por el demandante **LUIS ANTONIO CASTRO SOLANO** el **31 de julio de 2002** con efectividad a partir del 1° de septiembre de igual año, del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, por lo que el acto jurídico del traslado no produjo efectos, pues ante la violación del deber de información dicho acto no puede proyectarse en el mundo de las relaciones jurídicas, razón por la cual se impone el regreso automático del demandante al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES.

En consecuencia, se condenará a la AFP Protección a trasladar a COLPENSIONES y esta a su vez a recibir por parte de aquella, las cotizaciones recibidas en su integridad por la afiliación del demandante, lo que incluye gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, los bonos pensionales si los hubiere y los rendimientos con las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, más los frutos e

intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL1055-2022).

Lo anterior, no vulnera el principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema, dado que, la ineficacia del traslado de régimen del demandante implica, como ya se dijo, la devolución de todos los dineros por él aportados al RAIS más sus rendimientos, frutos e intereses que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de esta de **manera íntegra** a COLPENSIONES, declaración que trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original (CSJ SL 4911-2019).

PRESCRIPCIÓN

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

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

Así las cosas y sin más consideraciones, se revocará la sentencia de primer grado en la forma antes anotada.

COSTAS

Las de ambas instancias a cargo de las demandadas Colpensiones y AFP Protección, como quiera que el recurso de apelación salió avante y en virtud del numeral 4 del artículo 365 del CGP.

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia emitida por el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá, el 03 de septiembre de 2021, para en su lugar, **DECLARAR** la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por el señor **LUIS ANTONIO CASTRO SOLANO** al régimen de ahorro individual el 31 de julio de 2002 el cual se hizo efectivo a partir del 1° de septiembre de igual año, por intermedio de la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, en consecuencia, declarar válida la afiliación al régimen de prima media con prestación definida, administrado por **COLPENSIONES**.

SEGUNDO: CONDENAR a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, a trasladar a **COLPENSIONES** y esta a su vez a recibir por parte de aquella, las cotizaciones recibidas en su integridad desde el 1° de septiembre de 2002, en adelante, lo que incluye gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, los bonos pensionales si los hubiere y los rendimientos con las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, más los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

TERCERO: CONDENAR a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** a activar la afiliación del demandante en el régimen de prima media con prestación definida y a actualizar su historia laboral.

CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las entidades demandadas conforme a lo motivado.

QUINTO: COSTAS en ambas instancias a cargo de **COLPENSIONES** y la **AFP PROTECCIÓN S.A.**

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

AUTO DEL PONENTE:

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



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente